المُقنِع

لموفَّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة المقدسيّ

٥٤١ - ٦٢٠هـ

و :

الشَّرحُ الكبيرُ

لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسيّ

٥٩٧ - ٦٨٢هـ

ومعهما :

الإنصَاف

في معرفةِ الراجح مِنَ الخِلافِ

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المَرْداوِيّ

٨١٧ - ٨٨٥هـ

تحقيق

الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي

الجزء التاسع عشر

العِتْق

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

الطبعة الأولى
١٤١٦هـ = ١٩٩٥م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة

يـــوزع

عـــلى نفـــقة

خادم الحرمين الشريفين

الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود

خدمـــة للعلـــم وطـــلابه

أجزل الله مثوبته .. ووفقه لمرضاته

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الْعِتْقِ

المقنع

....

الشرح الكبير

[1]كتاب العتق

العِتْقُ فى اللُّغةِ : الخُلوصُ . ومنه عِتاقُ الخَيْلِ ، وعِتاقُ الطَّيْرِ ، أى خالِصَتُها ، وسُمِّىَ البَيْتُ الحَرامُ عَتيقًا ؛ لخُلوصِه مِن أَيْدِى الجبابرَةِ . وهو فى الشَّرْعِ : تحْرِيرُ الرَّقَبةِ وتخليصُها مِن الرِّقِّ . يُقالُ : عَتَق العَبْدُ ، وأعْتَقْتُه أنا ، وهو عَتِيقٌ ، ومُعْتَقٌ . والأصْلُ فيه الكِتابُ والسُّنَّةُ والإِجْماعُ ؛ أمّا الكِتابُ ، فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[2] . وقال تعالى : ﴿ فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾[3] . وأمّا السُّنَّةُ ، فما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً أَعْتَقَ اللهُ بكُلِّ إِرْبٍ مِنْهَا إِرْبًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ ، حَتَّى إنَّه لَيَعْتِقُ الْيَدَ باليَدِ ، والرِّجْلَ بِالرِّجْلِ ، والْفَرْجَ بالْفَرْجِ » مُتَّفَقٌ عليه[4] . فى أخبارٍ كثيرةٍ سِوَى هذا . وأجْمَعَتِ الأُمَّةُ على صِحَّةِ العِتْقِ وحُصُولِ القُرْبَةِ به .

الإنصاف

كِتابُ العِتْقِ

فائدة : العِتْقُ ؛ عِبارَةٌ عن تَحْرِيرِ الرَّقَبَةِ ، وتخْلِيصِها مِن الرِّقِّ . قاله المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ .

---

(١) بداية الجزء السادس من نسخة أحمد الثالث التى هى الأصل ، وأرقام صفحاتها فى مواضعها من التحقيق .

(٢) سورة المجادلة ٣ .

(٣) سورة البلد ١٣ .

(٤) تقدم تخريجه فى ٣/٥٦٠ . وهذا لفظ أحمد .

المقنع وَهُوَ مِنْ أَفْضَلِ الْقُرَبِ .

الشرح الكبير **٢٩٠٩** – مسألة : (وهو مِن أفْضَلِ القُرَبِ) لأنَّ اللهَ تعالى جعلَه ، كفَّارَةً للقَتْلِ ، والوَطْءِ في رمضانَ ، والأيمانِ ، وجعلَه النبيُّ ﷺ فِكَاكًا لمُعْتِقِه مِن النَّارِ ، ولأنَّ فيه تخْلِيصَ الآدَمِيِّ المَعْصُومِ مِن ضَرَرِ الرِّقِّ ، ومِلْكَ نَفْسِه ومنافِعِه ، وتكْمِيلَ أحْكامِه ، وتَمْكِينَه مِن التصرُّفِ في نَفْسِه ومنافِعِه على حَسَبِ إرادَتِه واخْتِيارِه .

الإنصاف قوله : وهو مِن أفْضَلِ القُرَبِ . هكذا قال أكثرُ الأصحابِ . وقال في « التَّبْصِرَةِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : هو أحَبُّ القُرَبِ إلى اللهِ تعالَى .

فوائد ؛ منها ، أفْضَلُ عِتْقِ الرِّقابِ ، أنْفَسُها عندَ أهْلِها ، وأغْلاها ثمَنًا . نقَله الجماعةُ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . قال في « الفُروعِ » : وظاهِرُه ولو كافِرَةً . وِفاقًا للإمامِ مالكٍ ، رَحِمَه اللهُ ، وخالَفَه أصحابُه . قال في « الفُروعِ » : ولعَلَّه مُرادُ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، لكِن يُثابُ على عِتْقِه . قال في « الفُنونِ » : لا يخْتَلِفُ النَّاسُ فيه . ومنها ، عِتْقُ الذَّكَرِ أفْضَلُ مِن عِتْقِ الأُنْثَى . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه في رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ . وجزَم به في « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَدَمِيِّ » ، و « المُغْنِى » ، و « الوَجيزِ » . وقدَّمه في « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، [٣/١٣٨و] و « الفائقِ » ، و « تَجْريدِ العِنايةِ » ، وغيرِهم . وعنه ، عِتْقُ الأُنْثَى للأُنْثَى أفْضَلُ . ونصَّ عليه في رِوايةِ عبدِ اللهِ . وقدَّمه في « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و «الخُلاصَةِ» ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « إدْراكِ الغايةِ » . ومنها ، عِتْقُ الأُنْثَى كعِتْقِ الذَّكَرِ في الفِكاكِ مِنَ النَّارِ . ذكَرَه ابنُ أبى مُوسى المذهبَ . وقدَّمه في « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » .

المقنع

وَالْمُسْتَحَبُّ عِتْقُ مَنْ لَهُ كَسْبٌ . فَأَمَّا مَنْ لَا قُوَّةَ لَهُ وَلَا كَسْبَ ، فَلَا يُسْتَحَبُّ عِتْقُهُ وَلَا كِتَابَتُهُ .

الشرح الكبير

وإعْتاقُ الرَّجُلِ أفضلُ مِن إعْتاقِ المرأةِ ؛ لِما روَى كَعْبُ بنُ مُرَّةَ البَهْزِىُّ ، قال : سمعتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ رَجُلًا مُسْلِمًا كَانَ فِكَاكَهُ مِنَ النَّارِ ، يُجْزَى بِكُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظامِه عَظْمًا مِنْ عِظامِهِ ، وأَيُّما رَجُلٍ مُسْلِمٍ أَعْتَقَ امْرَأَتَيْن مُسْلِمَتَيْنِ كانتا فِكاكَهُ مِن النَّارِ ، يُجْزَى بكُلِّ عَظْمَين[1] مِنْ عِظَامِهما عَظْمًا مِنْ عِظامِه ، وأَيُّما امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ[2] أَعْتَقَتِ امْرَأَةً مُسْلِمَةً كانتْ فِكاكَهَا مِن النَّارِ ، تُجْزَى بِكُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِها عَظْمًا مِنْ عِظامِها »[3] . وقِيلَ : عِتْقُ المرأةِ للمرأةِ أفْضَلُ .

٢٩١٠ – مسألة : (والمُسْتَحَبُّ عِتْقُ مَن له كَسْبٌ) ودِينٌ يَنْتَفِعُ بالعِتْقِ ، (فأمَّا مَن لا قُوَّةَ له ولا كَسْبَ ، فلا يُسْتَحَبُّ عِتْقُه ولا كِتابَتُه)

الإنصاف

وعنه ، عِتْقُ امْرأتَيْن كعِتْقِ رَجُلٍ فى الفِكاكِ . قدَّمه فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . ومنها ، التعَدُّدُ فى العِتْقِ أفْضَلُ مِن عِتْقِ الواحِدِ . قالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهما . وجزَم به فى « الفُروعِ » فى بابِ الأُضاحِى . ومالَ صاحِبُ « القَواعدِ الفِقْهِيَّةِ » فيها إلى أنَّ عِتْقَ رَقَبَةٍ نفِيسَةٍ بمالٍ أفْضَلُ مِن عِتْقِ رِقابٍ مُتَعَدِّدَةٍ بذلك المالِ . وقال عن القَوْلِ الأوَّلِ : فيه نظَرٌ .

قوله : فأمَّا مَن لا قُوَّةَ له ولا كَسْبَ ، فَلا يُسْتَحَبُّ عِتْقُه ولا كِتابَتُه . بل يُكْرَهُ .

---

(١) فى م : « عظم » .

(٢) سقط من : م .

(٣) بعده فى الأصل : « رواه مسلم » . والحديث ليس عنده . انظر : تحفة الأشراف ٣٢٥/٨ .

وأخرجه أبو داود ، فى : باب أى الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٥٤/٢ ، ٣٥٥ . وابن =

الشرح الكبير (١)قد ذكَرْنا أنَّ العِتْقَ إنَّما يُسْتَحَبُّ لمَن له كسْبٌ يَنْتَفِعُ بالعِتْقِ ، فأمّا مَن يَتضَرَّرُ به ، كمَن لا كسْبَ له(١) لسُقوطِ نَفَقَتِه عن سَيِّدِه بإعْتاقِه ،

الإنصاف وهذا المذهبُ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابن مُنَجَّى » ، و « الوَجيزِ » ، و « الحاوِى » ، وغيرِهم . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وعنه ، يُسْتَحَبُّ . وأطْلَقَهما فى « المُحَـرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : قلتُ : ويَحْتَمِلُ الاسْتِحْبابُ على القَوْلِ بوُجوبِ نَفَقَتِه عليه . وعنه ، تُكْرَهُ كِتابَتُه دُونَ عِتْقِه . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وعنه ، تُكْرَهُ كِتابةُ الأُنْثَى . ويأْتِى ذلكَ فى أوَّلِ بابِ الكِتابةِ .

فوائد ؛ الأُولَى ، لو خافَ على الرَّقيقِ الزِّنَى والفَسادَ ، كُرِهَ عِتْقُه ، بلا خِلافٍ أعْلَمُه . وإنْ ظَنَّ ذلك ، صحَّ وحَرُمَ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ ، وغيرُهما . واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » ، وقال : ويَتوَجَّهُ فيه كمَن باعَ أو اشْتَرَى بقَصْدِ الحرامِ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : ولو أعْتَقَ جارِيَةً ، ونِيَّتُه بعِتْقِها أنْ تكونَ مُسْتَقِيمَةً ، لم يحْرُمْ عليه بَيْعُها ، إذا كانتْ زانِيَةً . الثّانيةُ ، لو أعْتَقَ عَبْدَه أو أمَتَه ، واسْتَثْنَى نَفْعَه مُدَّةً معْلومَةً ، صحَّ . نصَّ عليه ؛ لحَديثِ سَفِينَةَ(٢) . وكذا لو اسْتَثْنَى خِدْمَتَه مُدَّةَ حَياتِه . قالَه فى « القاعِدَةِ الثّانيةِ والثَّلاثِين » . قال : وعلى هذا يَتخَرَّجُ أنْ يُعْتِقَ أمَتَه ، ويَجْعَلَ عِتْقَها صَداقَها ؛ لأنَّه اسْتَثْنَى الانْتِفاعَ بالبُضْعِ ،

= ماجه ، فى : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/٨٤٣ . والإمام أحمد فى : المسند ٤/٢٣٥ ، ٣٢١ . واللفظ له .

(١ - ١) زيادة من : الأصل .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى العتق على الشرط ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/٣٤٨ . وابن ماجه ، فى : باب من أعتق عبدًا واشترط خدمته ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/٨٤٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٢٢١ ، ٦/٣١٩ .

الشرح الكبير

فَيَضِيعُ ، أو يصيرُ كَلًّا على النَّاسِ ويَحْتاجُ إلى المَسْألَةِ ، فلا يُسْتَحَبُّ عِتْقُه ولا كِتابَتُه . فإن كان ممَّن يُخافُ عليه الرُّجُوعُ إلى دارِ الحَرْبِ وتَرْكُ إسْلامِه ، أو يُخافُ عليه الفَسادُ ؛ كمَن يُخافُ أنَّه إذا عَتَقَ فاحْتاجَ سَرَق أو فَسَق أو قَطَع الطَّرِيقَ ، أو جارِيةٍ يُخافُ عليها الزِّنَى والفسادُ ، كُرِهَ إعْتاقُه ، فإن غَلَب على الظَّنِّ إفْضاؤُه إلى هذا كان مُحَرَّمًا ؛ لأنَّ التَّوسُّلَ إلى الحَرامِ حرامٌ . فإن أعْتَقَه صَحَّ ؛ لأنه إعْتاقٌ صَدَر مِن أهْلِه فى مَحلِّه ، فصَحَّ ، كعِتْقِ غيرِه .

الإنصاف

ويَمْلِكُه بعَقْدِ النِّكاحِ ، وجعَل العِتْقَ عِوَضًا عنه ، فانْعَقَدا فى آنٍ واحدٍ . ويَأْتِى بعضُ ذلك فى هذا البابِ ، عندَ قوْلِه : وإنْ قال: أنتَ حُرٌّ على أنْ تَخْدُمَنِى سنةً[1] الثَّالثةُ ، قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » : يَصِحُّ العِتْقُ ممَّن تصِحُّ وَصِيَّته . قال فى « الفائقِ » : وإنْ لم يَبْلُغْ . نصَّ عليه . قالَه فى « الرِّعايةِ الكُبْرَى » . وعنه ، بل وهِبَتُه . انتهى . وقال فى « المُذْهَبِ » : يصِحُّ عِتْقُ مَن يَصِحُّ بَيْعُه . قال النّاظِمُ : ولا يصِحُّ إلَّا ممَّن يَصِحُّ تصَرُّفُه فى مالِه فى المُؤَكَّدِ . وقدَّم هذا فى « المُسْتَوْعِبِ » . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يصِحُّ عِتْقُ المُرْتَدِّ . وقطَع المُصَنِّفُ وغيرُه ، أنَّه لا عِتْقَ لمُمَيِّزٍ . وقال طائفةٌ مِن الأصحابِ : لا يصِحُّ عِتْقُ الصَّغِيرِ بغيرِ خِلافٍ ، منهم المُصَنِّفُ . وأثْبَتَ غيرُ واحِدٍ الخِلافَ ، فقال فى « الإِرْشادِ » ، و « المُبْهِجِ » ، و « التَّرْغيبِ » : فى عِتْقِ ابنِ عَشْرٍ ، وابْنَةِ تِسْعٍ ، رِوايَتان . وقال فى « المُوجَزِ » : وفى صِحَّةِ عِتْقِ المُمَيِّزِ رِوايَتان . وقال فى « الانْتِصارِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، والمُصَنِّفُ فى بابِ الحَجْرِ ، وغيرُهم : فى صِحَّةِ عِتْقِ السَّفِيهِ رِوايَتان . وقدَّم فى « التَّبْصِرَةِ » ، صِحَّةَ

---

(١) يأتى فى صفحة ٩٩ .

المقنع وَيَحْصُلُ الْعِتْقُ بِالْقَوْلِ وَالْمِلْكِ ؛ فَأَمَّا الْقَوْلُ فَصَرِيحُهُ لَفْظُ الْعِتْقِ

الشرح الكبير [٦/٢ و] **٢٩١١** – مسألة : (ويحْصُلُ العِتْقُ بالقَوْلِ والمِلْكِ) ولا يَحْصُلُ بالنِّيَّةِ المُجَرَّدَةِ ؛ لأنَّه إزالةُ مِلْكٍ ، فلا يَحْصُلُ بالنِّيَّةِ المُجَرَّدَةِ ،

الإنصاف عِتْقِ المُمَيِّزِ ، والسَّفِيهِ ، والمُفْلِسِ . وقال فى « عُيونِ المَسائلِ » : قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : يَصِحُّ عِتْقُه . انتهى . ونقَل أبو طالِبٍ ، وأبو الحارِثِ ، وابنُ مُشَيْشٍ ، صِحَّةَ عِتْقِه . وإذا قُلْنا بصِحَّةِ عِتْقِه ، فضَبَطَه طائفةٌ بعَقْلِه العتقَ . وقالَه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايةِ ابنِه[1] صالحٍ ، وأبى الحارِثِ ، وابنِ مُشَيْشٍ . وضَبَطَه طائفةٌ بعَشْرٍ فى الغُلامِ ، وبتِسْعٍ فى الجارِيَةِ ، كما ذَكَرْناه عن صاحِبِ « المُبْهِجِ » ، و « التَّرْغيبِ » . وقال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايةِ أبى طالِبٍ ، فى الغُلامِ الذى لم يَحْتَلِمْ يُطَلِّقُ امْرأتَه : إذا عقَل الطَّلاقَ ، جازَ طلاقُه ، ما بينَ عَشْرِ سِنِينَ إلى ثِنْتَىْ عَشْرَةَ سنةً ، وكذلك إذا أُعْتَقَ ، جازَ عِتْقُه . انتهى . وممَّن اخْتارَ مِن الأصحابِ صِحَّةَ عِتْقِه ، أبو بَكْرٍ عبدُ العزيزِ ، ذكَرَه فى آخِرِ كتابِ المُدَبَّرِ مِن الخِلافِ ، فقالَ : وتَدْبيرُ الغُلامِ إذا كان له عَشْرُ سِنِينَ ، صحيحٌ ، وكذلك عِتْقُه ، وطَلاقُه . انتهى . وتقدَّم بعضُ ذلك فى أوائلِ كتابِ البَيْعِ ، وبابِ الحَجْرِ[2] .

تنبيه : ظاهرُ قولِه : فأمَّا القَوْلُ فَصَرِيحُه لَفْظُ العِتْقِ والْحُرِّيَّةِ كيف صُرِّفَا . أنَّ العِتْقَ يحْصُلُ بذلك ولو تجَرَّدَ عن النِّيَّةِ . وهو صحيحٌ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، تُعْتَبَرُ النِّيَّةُ مع القَوْلِ الصَّريحِ . قال فى « الفائقِ » : قلتُ : نِيَّةُ قَصْدِ الفِعْلِ مُعْتَبَرَةٌ ، تحَرُّزًا [١٣٨/٣ ظ] مِن النَّائمِ ونحوِه ، ولا تُعْتَبَرُ نِيَّةُ العبادَةِ[3]

---

(١) زيادة من : ا .
(٢) تقدم فى ٢١/١١ ، وفى ٣٩٥/١٣ .
(٣) فى ط : « النفاذ » .

المقنع

[١٩١و] وَالْحُرِّيَّةِ ، كَيْفَ صُرِّفَا .

الشرح الكبير

كالطَّلاقِ . وألْفاظُه تَنْقَسِمُ إلى صريحٍ وكِنايَةٍ ؛ فالصَّريحُ (لفْظُ العِتْقِ والحُرِّيَّةِ ، كيف صُرِّفا) نحوَ : أنْت حُرٌّ - أو - مُحَرَّرٌ - أو - عَتِيقٌ - أو - مُعْتَقٌ - أو - أعْتَقْتُكَ . لأنَّ هذين اللَّفْظَيْن ورَدَا فى الكِتابِ والسُّنَّةِ ، وهما يُسْتَعْمَلانِ فى العِتْقِ عُرْفًا ، فمتى أتَى بشىءٍ مِن هذه الألْفاظِ حَصَل به العِتْقُ ، سواءٌ نَوَاه أو لم يَنْوِه . قال أحمدُ ، فى رجلٍ لَقِىَ امْرأةً فى الطَّرِيقِ ، فقال : تَنَحَّىْ يا حُرَّةُ . فإذا هى جارِيَتُه ، قال : قد عَتَقَتْ عليه . وقال ، فى رجلٍ قال لخَدَمٍ قِيامٍ فى وَلِيمَةٍ : مُرُّوا ، أنتم أحرارٌ . و[1] كانت

الإنصاف

ولا القُرْبَةِ ، فيقَعُ عِتْقُ الهازِلِ . انتهى . وقال ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُنونِ » : الإمامِيَّةُ يقُولُونَ : لا ينْفُذُ إلَّا إذا قصَد به القُرْبَةَ . قال : وهذا يدُلُّ على اعْتِبارِ النِّيَّةِ لوُقُوعِه ، فإنَّهم جعَلُوه عِبادَةً . قال : وهذا لا بَأْسَ به . انتهى . ويَحْتَمِلُ عَدَمُ العِتْقِ بالصَّريحِ ، إذا نَوَى به غيرَه . قالَه المُصَنِّفُ وغيرُه .

فائدة : لو قصَد غيرَ العِتْقِ ، كقَوْلِه : عَبْدِى هذا حُرٌّ . يريدُ عِفَّتَه وكَرَمَ أخْلاقِه ، أو يقولُ له : ما أنتَ إلَّا حُرٌّ . يريدُ به عدَمَ طاعَتِه ، ونحوَ ذلك ، لم يَعْتِقْ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهم : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال فى « التَّرْغيبِ » وغيرِه : هو كالطَّلاقِ فيما يتَعَلَّقُ باللَّفْظِ ، والتَّعْليقِ ، ودَعْوَى صَرْفِ اللَّفْظِ عن صَرِيحِه . قال أبو بَكْرٍ : لا يخْتَلِفُ حُكْمُهما فى اللَّفْظِ والنِّيَّةِ . وجزَم فى « التَّبْصِرَةِ » ، أنَّه لا يُقْبَلُ فى الحُكْمِ . وعلى الأوَّلِ ، لو أرادَ العَبْدُ إحْلافَه ، كان له ذلك . نصَّ عليه .

تنبيه : قولُه : صَرِيحُه لَفظُ العِتْقِ والحُرِّيَّةِ كيفَ صُرِّفا . ليس على إطْلاقِه ، فإنَّ

(١) فى م : « أو » .

الشرح الكبير

معَهم أمُّ ولَدِه لم يَعْلَمْ بها ، قال : هذا عندِى تَعْتِقُ أُمُّ ولَدِهِ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَعْتِقَ فى هذين المَوْضِعَيْن ؛ لأنَّه قَصَد باللَّفْظَةِ الأُولَى غيرَ العِتْقِ ، فلم تَعْتِقْ به ، كما لو قال : عَبْدِى حُرٌّ . يُرِيدُ أنَّه عَفِيفٌ كريمُ الأخلاقِ ، وباللَّفْظَةِ الثَّانيةِ أراد غيرَ أُمِّ وَلَدِه ، فأشْبَهَ ما لو نادَى امرأةً مِن نِسائِه ، فأجابَتْه غيرُها ، فقال : أنتِ طالِقٌ . يَظُنُّها المُناداةَ ، فإنَّها لا تَطْلُقُ ، فى رِوَايةٍ ، فكذا هٰهُنا . وأمّا إن قَصَد غيرَ العِتْقِ ، كالرَّجُلِ يقولُ : عَبْدِى هذا حُرٌّ . يُرِيدُ عِفَّتَه وكَرَمَ أخلاقِه . أو يقولُ لعَبْدِه : ما أنتَ إلَّا حُرٌّ . أى : إنَّكَ لا تُطِيعُنى ، ولا تَرَى لِى عليك[1] حقًّا ولا طاعَةً . فلا يَعْتِقُ فى ظاهِرِ المَذْهَبِ . قال حَنْبَلٌ : سُئِلَ أبو عبدِ اللهِ ، عن رجلٍ قال لغُلامِه : أنت حُرٌّ . وهو يُعاتِبُهُ ، قال : إذا كان لا يُرِيدُ بهِ العِتْقَ ، يقولُ : كأنَّك حُرٌّ . ولا يُرِيدُ أن يكونَ حُرًّا ، أو كلامًا شِبْهَ هذا ، رَجَوْتُ أن لا يَعْتِقَ ، وأنا أهابُ المَسْأَلَةَ ؛ لأنَّه نَوَى بكَلامِه ما يَحْتَمِلُه فانْصَرَفَ إليه ، كما لو نَوَى بكِنايَةِ[2] العِتْقِ العِتْقَ . قال : وإن طُلِبَ اسْتِحْلافُه ، حَلَفَ . وبيانُ

الإنصاف

الألْفاظَ المُتَصَرِّفَةَ منه خَمْسَةٌ ؛ ماضٍ ، ومُضارِعٌ ، وأمْرٌ ، واسْمُ فاعِلٍ ، واسْمُ مَفْعولٍ ، والمُشْتَقُّ منه ؛ وهو المَصْدَرُ . فهذه سِتَّةُ ألْفاظٍ ، والحالُ أنَّ الحُكْمَ لا يَتَعَلَّقُ بالمُضارِعِ ولا بالأمْرِ ؛ لأنَّ الأوَّلَ وَعْدٌ ، والثَّانِى لا يصْلُحُ للإنْشاءِ ، ولا هو خَبَرٌ ، فيكونُ لَفْظُ المُصَنِّفِ عامًّا أُرِيدَ به الخُصوصُ . وقد ذكَرَ مِثْلَ هذه العِبارَةِ فى بابِ التَّدْبيرِ ، وصَريحِ الطَّلاقِ . وكذا ذكَر غيرُه مِنَ الأصحابِ ، ومُرادُهم ما قُلْناه .

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « بكنايته » .

المقنع

وَكِنَايَتُهُ: خَلَّيْتُكَ، وَالْحَقْ بِأَهْلِكَ، وَاذْهَبْ حَيْثُ شِئْتَ، وَنَحْوُهَا.
وَفِي قَوْلِهِ: لَاسَبِيلَ لِي عَلَيْكَ، وَلَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ، وَلَا مِلْكَ لِي

الشرح الكبير

احْتِمالِ اللَّفْظِ لِما أرادَه، أنَّ المرأةَ الحُرَّةَ[1] تُمْدَحُ بهذا، يُقالُ: امْرأةٌ حُرَّةٌ. يَعْنُون عفِيفَةً. وتُمْدَحُ المَمْلُوكَةُ به أيْضًا، ويُقالُ: للحَيِيِّ الكَريمِ الأخْلاقِ: حُرٌّ. قالت سُبَيْعَةُ[2] تَرْثِي عبدَ المُطَّلِبِ:

وَلَا تَسْأَمَا أنْ تَبْكِيا كُلَّ لَيْلَةٍ ... ويَوْمٍ على حُرٍّ كَرِيمِ الشَّمائِلِ

وأمّا الكِنايَةُ فنحوُ قَوْلِه: (خَلَّيْتُكَ، والْحَقْ بأهْلِكَ، واذْهَبْ حيثُ شِئْتَ. ونحوُها). وكذلك قَوْلُه: حَبْلُكَ على غارِبِكَ. فهذا إن نَوَى به العِتْقَ عَتَق، وإن لم يَنْوِه لم يَعْتِقْ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ غيرَه، ولم يَرِدْ به كتابٌ ولا سُنَّةٌ ولا عُرْفُ اسْتِعمالٍ.

(وفي قَوْلِه: لا سبيلَ لي عليكَ، [3]ولا سُلْطانَ لي عليكَ[3]،

الإنصاف

قوله: وفى قوله: لا سَبِيلَ لى عليكَ، ولا سُلْطَانَ لى عليكَ، ولا مِلْكَ لى عليكَ، ولا رِقَّ لِي عليكَ، وفَكَكْتُ رَقَبَتَكَ، وأنتَ مَوْلاى، وأنتَ للهِ، وأنت سائِبَةٌ. رِوَايَتان. وكذا: لا خِدْمَةَ لى عليْكَ. و: مَلَّكْتُكَ نَفْسَكَ. وأطْلَقَهما فى «مَسْبوكِ الذَّهَبِ»، و «الكافِي»، و «الهادِى»، و «المُحَرَّرِ»، و «البُلْغَةِ»،

---

(١) سقط من: م.

(٢) لعلها سبيعة بنت عبد شمس بن عبد مناف. انظر ترجمتها فى: أعلام النساء لكحالة ١٤٨/٢. وبعض خبرها فى الأغانى ٦٨/٢٢، ٦٩، ٧٣.

(٣ - ٣) سقط من: م.

المقنع عَلَيْكَ ، ولَا رِقَّ لِى عَلَيْك ، وَفكَكْتُ رَقبَتَكَ ، وَأَنْتَ مَوْلَاىَ ، وَأَنْتَ لِلهِ ، وَأَنْتَ سَائِبَةٌ . رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ صَرِيحٌ . وَالْأُخْرَى ، كِنَايَةٌ . .

الشرح الكبير ولا مِلْكَ لى عليْكَ ، ولا رِقَّ لى عليكَ ، وفكَكْتُ رقبَتكَ ، وأنتَ مَوْلَاى ، وأنتَ للهِ ، وأنتَ سائِبَةٌ . رِوَايتان ؛ إحْداهُما ، أنَّه صريحٌ . والأُخْرَى ، كنايَةٌ) . ذَكَر القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، فى قَوْلِه : لا سبيلَ لى عليكَ ، ولا سُلْطانَ لى عليكَ . روايَتين ؛ إحْداهُما ، أنَّه صريحٌ . والأُخْرَى ، كنايَةٌ . قال شيخُنا[1] : والصَّحيحُ أنَّه كِنايَةٌ ؛ لِما ذَكَرْناه . فأمّا قَوْلُه : لا مِلْكَ لى عليكَ ، ولا رِقَّ لى عليكَ ، وأنتَ للهِ . فقال القاضى : هو صريحٌ . نَصَّ عليه أحمدُ . [٦/٢ ظ] وذَكَر أبو الخَطَّابِ فيه رِوايَتَيْن ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ غيرَ العِتْقِ . ولا خِلافَ فى المَذْهَبِ أنَّه يَعْتِقُ به إذا نَوَى ، ومِمَّن قال : يَعْتِقُ بقَوْلِه : أنتَ للهِ . إذا نَوَى ؛ الشَّعْبِىُّ ، والمُسَيَّبُ

الإنصاف و « الفُروعِ » . وأطْلَقَهما فى « الشَّرْحِ » ، فى قوْلِه : فكَكْتُ رَقبَتَك ، وأنتَ سائِبَةٌ ، وأنتَ مَوْلاى ، ومَلَّكْتُك رَقبَتَك . إحْداهما ، صَرِيحٌ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . قال ابنُ رَزِينٍ : وفيه بُعْدٌ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، كِنايَةٌ . صحَّحَه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَدَمِىِّ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « إدْراكِ الغايةِ » . وصحَّحه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، وقدَّمه . واخْتارَ المُصَنِّفُ ، أنَّ قوْلَه : لا سَبيلَ لى عليكَ ،

---

(١) فى : المغنى ١٤/٣٤٦ .

الشرح الكبير

ابنُ رافعٍ ، وحَمَّادٌ ، والشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَعْتِقُ به ؛ لأنَّ مُقْتَضاه : أنتَ عَبْدٌ للهِ ، أو مخلوقٌ للهِ . وهذا لا يَقْتَضِى العِتْقَ . ولَنا ، أنَّه يَحْتَمِلُ : أنتَ حُرٌّ للهِ ، أو عَتِيقٌ للهِ ، أو عبدٌ للهِ وَحْدَه . لستَ بعَبْدٍ لى ولا لأحَدٍ سِوَى اللهِ . فإذا نَوَىْ الحُرِّيَّةَ به[(1)] ، وَقَعَتْ ، كسائِرِ الكِناياتِ . وما ذَكَرُوهُ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ احْتِمالَه لِما ذَكَرُوه لا يَمْنَعُ احْتِمالَهُ لِما ذَكَرْناه ، بدَلِيلِ سائِرِ الكِناياتِ ، فإنَّها تَحْتَمِلُ العِتْقَ وغيرَه ، ولو لم تَحْتَمِلْ إلَّا العِتْقَ لكانت صَرِيحَةً فيه ، وما احْتَمَلَ أمْرَيْن انْصَرَفَ إلى أحَدِهما بالنِّيَّةِ ، وهذا شَأْنُ الكِناياتِ . وما ذَكَرُوه مِن الاحْتِمالِ يَدُلُّ على أنَّ هذا ليس بصَرِيحٍ ، وإنَّما هو كِنايَةٌ . وقَوْلُه : لا مِلْكَ لى عليكَ ، ولا رِقَّ لى عليكَ . خبرٌ عن انْتِفاءِ مِلْكِه ورِقِّه[(2)] ، لم يَرِدْ به شَرْعٌ ، ولا عُرْفُ اسْتِعمالٍ فى العِتْقِ ، فلم يَكُنْ صَرِيحًا فيه ، كقَوْلِه : ما أنت عَبْدِى ولا مَمْلُوكِى . وقَوْلِه لامرأتِه : ما أنتِ امرأتِى ولا زَوْجَتِى .

الإنصاف

ولا سُلْطانَ لى عَلَيْكَ . كِنايَةٌ . وقال القاضى فى قَوْلِه : لا مِلْكَ لى عَلَيْكَ ، ولا رِقَّ لى عَلَيْكَ ، وأنتَ للهِ . صريحٌ ، نصَّ عليه . وقدَّمه فى « الفائقِ » . وقال : ومِنَ الكِنايَةِ قوْلُه : لا سُلْطانَ لى عَلَيْكَ ، ولا سَبيلَ لى عَلَيْكَ ، وفكَكْتُ رَقَبَتَكَ ، وملَّكْتُكَ نفْسَكَ ، وأنتَ مَوْلَاى ، وسائِبَةٌ . فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وقطَع فى « الإيضاحِ » أنَّ قوْلَه : لا مِلْكَ لى عَلَيْكَ ، وأنتَ للهِ . كِنايَةٌ . وقال : اخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ فى ثلاثَةِ ألْفاظٍ ؛ وهى : لا سَبيلَ لى عَلَيْكَ ، ولا سُلْطانَ ، وأنْتَ سائِبَةٌ .

---

(1) سقط من : الأصل .

(2) سقط من : م .

المقنع وَفِى قَوْلِهِ لِأَمَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ . أَوْ : أَنْتِ حَرَامٌ . رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ كِنَايَةٌ . وَالْأُخْرَى ، لَا تَعْتِقُ بِهِ وَإِنْ نَوَى .

الشرح الكبير وفى قوله : فككْتُ رَقبَتَكَ، وأنتَ سائِبةٌ ، وأنت مَوْلاىَ ، (١)ومَلَكْتُ رَقَبَتَكَ(١) . رِوايَتان ؛ إحْداهُما ، هو صريحٌ فى العِتْقِ ؛ لأنها تَتَضَمَّنُه ، وقدْ جاءَ فى كتابِ اللهِ تعالى : ﴿ فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾ . يعنى العِتْقَ ، فكانتْ صريحَةً ، كقَوْلِه : أعْتَقْتُك . والثانية ، هى كِنايَةٌ ؛ لأَنَّها تَحْتَمِلُ غيرَ العِتْقِ .

٢٩١٢ – مسألة : (وفى قَوْلِه لأمَتِه : أنْتِ طالِقٌ ، وأنْتِ حَرامٌ . رِوايَتان ؛ إحْداهُما ، هى كِنايَةٌ . والأُخْرَى ، لا تَعْتِقُ به(٢) وإن نوى) إذا قال لأمَتِه : أنتِ طالِقٌ . ينوى به العِتْقَ ، ففيه رِوايتان ؛ إحْداهُما ، لا تَعْتِقُ به(٢) . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ لَفْظٌ وُضِع لإزالَةِ المِلْكِ عن المَنْفَعةِ(٣) ، فلم يَزُلْ به المِلْكُ عن الرَّقَبَةِ ، كفَسْخِ الإجارَةِ ، ولأنَّ

الإنصاف وقال ابنُ البَنَّا فى « خِصالِه » : قَوْلُه : لا مِلْكَ لِى عليْكَ ، ولا رِقَّ لِى ، وأنتَ للهِ . صَرِيحٌ . وقال : اخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ فى ثلاثَةِ ألْفاظٍ . وهى التى ذكَرَها فى « الإيضاحِ » . وظاهِرُ كلامِه فى « الواضِحِ » ، أنَّ قوْلَه : وَهَبْتُكَ للهِ . صريحٌ . وسَوَّى القاضى وغيرُه بينَها وبينَ قوْلِه : أنْتَ للهِ . وقال فى « المُوجَزِ » : هى وقوْلُه : رَفَعْتُ يَدِى عنكَ إلى اللهِ . كِنايَةٌ .

قوله : وفى قَوْلِه لأَمَتِه : أنتِ طَالِقٌ . أو : أنتِ حَرامٌ . رِوايَتان . وأطْلَقَهما فى

(١ - ١) سقط من : م .
(٢ - ٢) زيادة من : الأصل .
(٣) فى الأصل : « المعتقة » .

الشرح الكبير

مِلْكَ الرَّقَبَةِ لا يُسْتَدْرَكُ بالرَّجْعَةِ ، فلا يَنْحَلُّ بالطَّلاقِ[1] ، كسائِرِ الأمْلاكِ . والثانيةُ ، هو كِنايةٌ تَعْتِقُ به إذا نَوَاه . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعيِّ ؛ لأنَّ الرِّقَّ أحَدُ المِلْكَيْن على الآدَمِيِّ ، فيَزُولُ بلفظِ الطَّلاقِ ، كالآخَرِ ، أو فيكونُ اللَّفْظُ الموضوعُ لإزالَةِ أحَدِهما كنايةً فى إزالَةِ الآخَرِ ، كالحُرِّيَّةِ فى إزالَةِ النِّكاحِ ، ولأنَّ فيه مَعْنَى الإطْلاقِ ، فإذا نَوَى به إطْلاقَها مِن مِلْكِه ، فقد نَوَى بلَفْظِه ما يَحْتَمِلُهُ ، فتَحْصُلُ به الحُرِّيَّةُ ، كسائِرِ كِناياتِ العِتْقِ .

فصل : وإن قال لأمَتِه : أنتِ حَرامٌ علىَّ[1] . يَنْوِى به العِتْقَ ، عَتَقَتْ . وذَكَر أبو الخَطَّابِ أنَّ فيها رِوايَةً أُخْرَى ، لا تَعْتِقُ ، كقَوْلِه لها : أنتِ طالِقٌ . والصَّحيحُ أنَّها تَعْتِقُ به ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّكِ حرامٌ علىَّ ؛ لكَوْنِكِ حُرَّةً . فتَعْتِقُ به ، كقَوْلِه : لا سبيلَ لى عليكِ .

الإنصاف

« الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الهادِى »، و « الكافِى »، و « البُلْغَةِ » و « المُحَرَّرِ »، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ إحْداهما ، كِنَايَةٌ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « نَظْمِه » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابن عَبْدُوسٍ » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ »، و « الرِّعايتَيْن » ، و « إدْراكِ الغايةِ » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى قوْلِه : أنْتِ حَرامٌ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، أنَّه لَغْوٌ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى قوْلِه : أنتِ طالِقٌ . وصحَّح

(١) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ قَالَ لِعَبْدِهِ ، وَهُوَ أَكْبَرُ مِنْهُ : أَنْتَ ابْنِى . لَمْ يَعْتِقْ . ذَكَرَهُ الْقَاضِى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتِقَ .

الشرح الكبير **٢٩١٣** – مسألة : (وإن قال لعَبْدِه ، وهو أكْبَرُ منه : أنت ابْنِى . لم يَعْتِقْ . ذَكَره القاضى . ويَحْتَمِلُ أن يَعْتِقَ) إذا قال لأكْبَرَ منه أو لِمَن لا يُولَدُ لمِثْلِه : هذا ابْنِى . مثلَ أن يقولَ مَن له عِشرون سَنَةً لِمَن له خَمْسَةَ عَشْرَةَ سَنَةً : هذا ابْنِى . لم يَعْتِقْ ، [٣/٦ و] ولم يَثْبُتْ نَسَبُه . وقال أبو حنيفةَ : يَعْتِقُ . وخرَّجَه أبو الخَطَّاب وَجْهًا لَنا ؛ لأنَّه اعْتَرَفَ بما تَثْبُتُ به حُرِّيَّتُه ، فأشْبَهَ مَا لو أقَرَّ بها . ولَنا ، أنَّه قولٌ يتحَقَّقُ كَذِبُه فيه ، فلم تَثْبُتِ الحُرِّيَّةُ ، كما لو قال لطِفْلٍ : هذا أبى . أو لطفْلَةٍ : هذه أُمِّى . قال ابنُ المُنْذِرِ : هذا مِن قول النُّعْمانِ شاذٌّ لم يَسْبقْه(١) أحدٌ إليه ولا تَبِعَه أحدٌ عليه ، وهو مُحالٌ مِن الكَلامِ و كَذِبٌ يَقِينًا ، ولو جاز هذا لجازَ أن يقولَ الرجلُ لطِفلٍ : هذا أبى . ولأنَّه لو قال لزَوْجَتِه ، وهى أسَنُّ منه : هذه ابْنَتِى . أو قال لها ، (٢وهو أسَنُّ منها٢) : هذه أُمِّى . لم تَطْلُقْ . كذا هذا .

الإنصاف المُصَنِّفُ ، والشارِحُ ، أنَّه كِنايَةٌ ، فى قوْلِه : أنتِ حرامٌ . وأطْلَقَ الرِّوايتَيْن فى قوْلِه : أنْتِ طالِقٌ . وقال فى « الانْتِصارِ » : حُكْمُ قوْلِه لها : اعْتَدِّى . حُكْمُ هذه المَسْألَةِ ، وأنَّه يَحْتَمِلُ مِثْلُه فى لَفْظِ الظِّهارِ .

قوله : وإذا قال لِعَبْدِه ، وهو أكبَرُ منه : أنتَ ابنِى . لم يَعْتِقْ . ذكَره القاضِى . وهو المذهبُ . قال فى « الفُروعِ » : لم يَعْتِقْ فى الأصحِّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » .

---

(١) فى الأصل : « يستقر » .
(٢ – ٢) فى م : « وهىَ أسنُّ منه » .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف

وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصراه . ويَحْتَمِلُ أنْ يَعْتِقَ . وهو تخْريجُ وَجْهٍ لأبى الخَطَّابِ . قال أبو [١٣٩/٣و] الخَطَّابِ ، وتَبِعَه فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » : لا نَصَّ فيها ، إلَّا أنَّ القاضىَ قال : لا يَعْتِقُ . وقال أبو الخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أنْ يَعْتِقَ .

تنبيه : قوْلُه : وإذا قال لِعَبْدِه ، وهو أكبَرُ منه . قال ذلك المُصَنِّفُ على سَبِيلِ ضَرْبِ المِثالِ ، وإلَّا فحيثُ قال ذلك لمَن لا يُمْكِنُ كوْنُه منه ، فإنَّه داخِلٌ فى المَسْأَلَةِ ، وإذا أمْكَنَ كوْنُه منه ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ للعَبْدِ نَسَبٌ مَعْروفٌ أوْ لا ؛ فإنْ لم يَكُنْ له نَسَبٌ مَعْروفٌ ، عتَق عليه ، وإنْ كان له نَسَبٌ مَعْروفٌ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يَعْتِقُ عليه أيضًا ؛ لاحْتِمالِ أنْ يكونَ وَطِئَ بشُبْهَةٍ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقالَه القاضى فى « خِلافِه » ، وابنُه أبو الحُسَيْنِ ، والآمِدِىُّ . وقيل : لا يَعْتِقُ ؛ لكَذِبِه شَرْعًا . وهو احْتِمالٌ فى « انْتِصارِ أبى الخَطَّابِ » . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » .

تنبيه : قال ابنُ رَجَبٍ ، وتَبِعَه فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : هذا جَميعُه مع إطْلاقِ اللَّفْظِ ، أمَّا إنْ نَوَى بهذا اللَّفْظِ الحُرِّيَّةَ ، فيَنْبَغِى عِتْقُه بهذه النِّيَّةِ مع هذا اللَّفْظِ . قال ابنُ رَجَبٍ : ثم رَأَيْتُ أبا حَكِيمٍ وَجَّهَ القَوْلَ بالعِتْقِ ، وقال : لجَوازِ كوْنِه كِنايَةً فى العِتْقِ .

فائدة : لو قال لأَصْغَرَ منه : أنْتَ أبِى . فالحُكْمُ كما لو قال لأَكْبَرَ منه : أنْتَ ابنِى . قالَه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وقاسَه فى « الرِّعايتَيْن » على الأَوَّلِ مِن عندِه .

المقنع وَإِذَا أَعْتَقَ حَامِلًا عَتَقَ جَنِينُهَا ، إِلَّا أَنْ يَسْتَثْنِيَهُ .

الشرح الكبير **٢٩١٤** – مسألة : (وإن أعْتَقَ حامِلًا عَتَق جَنِينُها ، إلَّا أن يَسْتَثْنِيَه) لأنَّه يَتْبَعُها فى البَيْعِ والهِبَةِ ، ففى العِتْقِ أوْلَى . فإنِ اسْتَثْناه لم يَعْتِقْ . (١)رُوِىَ ذلك(١) عن ابنِ عُمَرَ ، وأبى هُرَيْرَةَ ، والنَّخَعِىِّ ، وإسْحاقَ ، وابنِ المُنْذِرِ . وقال ابنُ سِيرينَ : له ما اسْتَثْنَى . وقال عَطاءٌ ، والشَّعْبِىُّ : إذا اسْتَثْنَى ما فى بَطْنِها فله ثُنْياه . وقال مالكٌ ، والشافعىُّ : لا يَصِحُّ اسْتِثْناءُ الجَنينِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن الثُّنْيَا إلَّا أن تُعْلَمَ[٢] . وقِياسًا على اسْتِثْنائِه فى البَيْعِ ، أشْبَهَ بعْضَ أعْضائِها . ولَنا ، أنَّه قولُ ابنِ عُمَرَ ، وأبى هُرَيْرَةَ . قال أحمدُ : أذْهَبُ إلى حديثِ ابنِ عُمَرَ فى العِتْقِ ، ولا أذْهَبُ إليه فى البَيْعِ . ولقولِ النبىِّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ على شُرُوطِهِمْ »[٣] .

الإنصاف **فائدةٌ أخرَى** : لو قال : أعْتَقْتُكَ – أو : أنتَ حرٌّ – مِن ألْفِ سَنَةٍ . لم يَعْتِقْ . وقال فى « الانْتِصارِ » : ولو قال لأمَتِه : أنتِ ابْنِى . أو لعَبْدِه : أنْتَ بِنْتِى . لم يَعْتِقْ .

فائدة : لو قال لزَوْجَتِه ، وهى أكْبَرُ منه : هذه ابْنَتِى . لم تَطْلُقْ بذلك ، بلا نِزاعٍ .

قوله : وإنْ أعْتَقَ حامِلًا عَتَق جَنِينُها ، إلَّا أنْ يَسْتَثْنِيَه ، وإنْ أعْتَقَ ما فى بَطْنِها

(١ – ١) فى الأصل : « لما روى » .

(٢) تقدم تخريجه فى ١١/١١٥ .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٠/١٤٩ بلفظ : « المؤمنون » والذى فى مصادر التخريج : « المسلمون » . أما لفظ : « المؤمنون » . فهو عند ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٦/٥٦٨ . مرسلا . وذكره ابن عبد البر فى التمهيد ٧/١١٧ .

الشرح الكبير

ولأنَّه يَصِحُّ إفْرادُه بالعِتْقِ ، فصَحَّ اسْتِثْناؤُه ، كالمُنْفَصِلِ . وخَبَرُهم نقولُ به ، والحَمْلُ مَعْلُومٌ ، فصَحَّ اسْتِثْناؤُه ؛ للحديثِ . ويُفارِقُ البَيْعَ ؛ لأنَّه عقدُ مُعاوَضَةٍ ، يُعْتَبَرُ فيه العِلْمُ بصِفاتِ العِوَضِ ، لِيُعْلَمَ هل قائِمٌ مَقامَ العِوَضِ أم لا ؟ والعِتْقُ تَبَرُّعٌ لا تَتَوَقَّفُ صِحَّتُه على مَعْرِفَةِ صِفاتِ المُعْتَقِ ، ولا تُنافِيه الجَهالَةُ به[1] ، ويَكْفِى العِلْمُ بوُجُودِه ، وقد وُجِد ، ولذلك صَحَّ إفْرادُ الحَمْلِ بالعِتْقِ ، ولم يَصِحَّ بالبَيْعِ ، ولأنَّ اسْتِثْناءَه فى البَيْعِ إذا بَطَل بَطَل البَيْعُ كلُّه ، وهٰهُنا إذا بَطَل اسْتِثْناؤُه لم يَبْطُلِ العِتْقُ فى الأمَةِ ويَسْرِى الإعْتاقُ إليه ، [2]فكيفَ يَصِحُّ إلْحاقُه به مع تَضادِّ الحُكْمِ فيهما[3] ! ولا يَصِحُّ قِياسُه على بعضِ أعْضائِها ؛ لأنَّه يَصِحُّ انفِرادُه[2] بالحُرِّيَّةِ عن أُمِّه فيما إذا أعْتَقَه دُونَها ، وفى وَلَدِ المَغْرُورِ بحُرِّيَّةِ أُمِّه ، وفيما إذا وَطِئَ بشُبْهَةٍ ، وفى وَلَدِ أُمِّ الوَلَدِ ، وغيرِ ذلك . ولا يَصِحُّ ذلك فى بعضِ أعْضائِها ، ولأنَّ الوَلَدَ يَرِثُ ويُورَثُ ويُوصَى به ، فكيفَ يَصِحُّ قِياسُه على

الإنصاف

دُونَها ، عتَق وحدَه فى الحالِ . هذا المذهبُ . نصَّ عليهما[4] . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . والقَوْلُ بعِتْقِ جَنِينِها معها إلَّا أنْ يسْتَثْنِيَه ، مِن مُفْرَداتِ المذهبِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « فيها » .

(٤) فى ا : « عليه » .

المقنع وَإِنْ أَعْتَقَ مَا فِى بَطْنِهَا دُونَها ، عَتَقَ وَحْدَهُ .

الشرح الكبير بعضِ الأعْضاءِ ؟ وروَى الأَثْرَمُ عن ابنِ عُمَرَ ، أنَّه أعْتَقَ أمَةً واسْتَثْنَى ما فى بَطْنِها[1] . ولأنَّها ذاتُ حَمْلٍ ، فصَحَّ اسْتِثْناءُ حَمْلِها ، كما لو باعَ نَخْلَةً لم تُؤَبَّرْ واشْتَرَط ثَمَرَتَها . وقال القاضِى : يُخَرَّجُ على الرِّوايَتَيْن فيما إذا اسْتَثْنَى ذلك فى البَيْعِ . والمَنْصُوصُ عنه ما ذَكَرْناه مِن أنَّه يَصِحُّ اسْتِثْناؤُه فى العِتْقِ ، ولا يَصِحُّ فى البَيْعِ ؛ لِما ذَكَرْنا [2]مِن الفَرْقِ[2] بينَهما .

٢٩١٥ – مسألة : (وإن أعْتَقَ ما فى بَطْنِها دُونَها ، عَتَقَ وَحْدَه) لا نَعْلَمُ فى ذلك خِلافًا . وهو قولُ سفيانَ ، وأحمدَ ، وإسْحاقَ ؛ لأنَّ حُكْمَه حُكْمُ الإِنْسانِ المُنْفَرِدِ ، ولهذا يُورَثُ الجنينُ إذا ضُرِب بَطْنُ امْرأةٍ فأسْقَطَتْ جَنِينًا ، وَجَب فيه غُرَّةٌ [٣/٦ ظ] مَوْرُوثَةٌ عنه ، كأنَّه سَقَط حَيًّا ، وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ به وله ، ويَرِثُ إذا مات مَوْرُوثُه قبلَ أن يُولَدَ ثم وُلِد بَعْدَه ، فصَحَّ عِتْقُه ، كالمُنْفَصِلِ .

الإنصاف وقيل : لا يَعْتِقُ الحَمْلُ فيهما حتى تضَعَه حيًّا ، فيكونَ كمَنْ عُلِّقَ عِتْقُه بشَرْطٍ ، فيجوزَ بَيْعُه قبلَ وَضْعِه تَبَعًا لأُمِّه . وهو رِوايَةٌ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، نصَّ عليها فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ . قالَه فى « القاعِدَةِ الرَّابعَةِ والثَّمانِينَ » . وقال بعدَ ذلك : وقِياسُ ما ذكَرَه القاضى وابنُ عَقِيلٍ ، أنَّه لا يَعْتِقُ بالكُلِّيَّةِ فيما إذا أَعْتَقَ حامِلًا ؛ إذْ هو كالمَعْدُومِ قبلَ الوَضْعِ . قال : وهو بعيدٌ جدًّا . وتَوَقَّفَ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ ابنِ الحَكَمِ ، هل يكونُ الوَلَدُ رقِيقًا إذا اسْتَثْناه مِنَ

---

(١) تقدم تخريجه فى ١١/١٢٧ .
(٢ – ٢) فى الأصل : « فى الفروق » .

الشرح الكبير

فصل : ولا يَصِحُّ العِتْقُ إلَّا مِن جائزِ التَّصرُّفِ ، فلا يَصِحُّ عِتْقُ الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : هذا قولُ عامَّةِ أهلِ العِلْمِ ؛ منهم الحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وذلك لقولِ النبىِّ ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ عَنِ الصَّبِىِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ »[1] . ولأنَّه تبرُّعٌ بالمالِ ، فلم يَصِحَّ منهما[2] كالهِبَةِ . ولا يَصِحُّ عِتْقُ المَحْجُورِ عليه للسَّفَهِ . وهو قولُ القاسِمِ بنِ محمدٍ . وعنه ، يَصِحُّ ، قِياسًا على طَلاقِه وتَدْبيرِه . ولَنا ، أنَّه مَحْجورٌ عليه فى مالِه لحَظِّ نَفْسِه ، فلم يَصِحَّ عِتْقُه ، كالصَّبِىِّ ، ولأنَّه تَصَرُّفٌ فى المالِ فى حياتِه ، أشْبَهَ هِبَتَه و بَيْعَه . ويُفارِقُ الطَّلاقَ ؛ لأنَّ الحَجْرَ عليه فى مالِه ، والطَّلاقُ ليس بتَصَرُّفٍ فيه . ويُفارِقُ التَّدْبيرَ ؛ لأنه تصَرُّفٌ فيه بعدَ مَوْتِه وغِناه عنه بالمَوْتِ ، ولهذا صَحَّتْ وَصِيَّتُه ولم تَصِحَّ هِبَتُه المُنْجزَةُ . وعِتْقُ السَّكْرانِ مَبْنِىٌّ على طلاقِه ، وفيه مِن الخِلافِ ما فيه . ولا يَصِحُّ عِتْقُ المُكْرَهِ ، كما لا يَصِحُّ بَيْعُه ولا تَصَرُّفاتُه ، ولا يَصِحُّ عِتْقُ المَوْقُوفِ ؛ لأنَّ فيه إبْطالًا لحَقِّ البَطْنِ الثانِى منه ، وليس له ذلك .

الإنصاف

العِتْقِ ؟ وخرَّج ابنُ أبى مُوسى والقاضى ، أنَّه لا يصِحُّ اسْتِثْناؤُه ، على قِياسِ[3] اسْتِثْنائِه فى البَيْعِ .

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٥/٣ .

(٢) سقط من : م .

(٣) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

فصل : ولا يَصِحُّ العِتْقُ مِن غيرِ المالِكِ بغَيْرِ إذْنِه ، فلو أعْتَقَ عَبْدَ ولَدِه الصَّغِيرِ ، أو يَتِيمِه الذى فى حِجْرِه ، لم يَصِحَّ . وبهذا قال الشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال مالكٌ : يَصِحُّ عِتْقُ عبدِ وَلَدِه الصَّغِيرِ ؛ لقَوْلِه ، عليه الصلاة والسلامُ : « أنْتَ وَمَالُكَ لأبِيكَ »(1) . ولأنَّ له عليه وِلايةً ، وله فيه حَقٌّ ، فصَحَّ إعْتاقُهُ ، كمالِه . ولَنا ، أنَّه عِتْقٌ مِن غيرِ مالِكٍ ، فلم يَصِحَّ ، كإعْتاقِ عَبْدِ وَلَدِه الكَبِيرِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : لمَّا وَرَّثَ اللهُ الأبَ مِن مالِ ابْنِه السُّدْسَ مع وَلَدِه ، دَلَّ على أنَّه لا حَقَّ له فى سائِره . وقَوْلُه ، عليه السلامُ : « أنْتَ وَمَالُكَ لأبِيكَ » . لم يُرِدْ به حقيقةَ المِلْكِ ، وإنَّما أرادَ المُبالَغَةَ فى وُجُوبِ حَقِّه عليكَ ، وإمْكانِ الأخْذِ مِن مالِكَ ، وامتِناعِ مُطالَبتِك إيّاه بما أخَذَ منه ، ولهذا لم يَنْفُذْ إعْتاقُه لعَبْدِ وَلَدِه الكَبِيرِ الذى وَرَد الخبرُ فيه ، وثُبُوتُ الوِلايَةِ له على مالِ وَلَدِه أبْلَغُ فى امْتِناعِ إعْتاقِ عبدِه ؛ لأنَّه إنَّما أثْبَتَ الوِلايَةَ عليه لحَظِّ الصَّبِىِّ ؛ ليَحْفَظَ مالَه عليه ، ويُنَمِّيَه له ،

الإنصاف

فائدة : لو أعْتَقَ أمَةً حمْلُها لغيرِه ، وهو مُوسِرٌ ؛ كالمُوصَى به ، عتَق الحَمْلُ أيضًا وضَمِنَ قِيمَتَه . ذكَره القاضى ، وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . واخْتارَه القاضى ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ . قالَه فى « القَواعِدِ » . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقيل : لا يَعْتِقُ . جزَم به فى « التَّرْغيبِ » . واختارَه فى « المُحَرَّرِ » ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » .

---

(1) تقدم تخريجه فى ٧/٩٤ ، وانظر ١٧/١٠٦ .

المقنع

وَأَمَّا الْمِلْكُ ، فَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ عَتَقَ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَعْتِقُ إِلَّا عَمُودَا النَّسَبِ .

الشرح الكبير

ويقومَ بمصالحِه التى يَعْجِزُ الصَّبِىُّ عن القيامِ بها ، وإذا كان مَقْصُودُ الوِلايَةِ الحِفْظَ اقْتَضَتْ مَنْعَ التَّضْيِيعِ والتَّفْرِيطِ بإعْتاقِ رَقِيقِه والتَّبَرُّعِ بمالِه . ولو قال رجلٌ لعَبْدٍ : أنت حُرٌّ مِن مالى . فليس بشىءٍ ، فإنِ اشتراه بعدَ ذلك فهو مَمْلُوكُه ، ولا شىءَ عليه . وبه قال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وعامَّةُ الفُقهاءِ . ولو بَلَغ رجلًا أنَّ رجلًا قال لعَبْدِه : أنت حُرٌّ مِن مالى . فقال : قد رضِيتُ . فليس بشىءٍ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ .

٢٩١٦ - مسألة : (وأمّا المِلْكُ ، فمَن مَلَك ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ عَتَق عليه . وعنه ، لا يَعْتِقُ إلَّا عَمُودا النَّسَبِ) ذو [٦/٤ و] الرَّحِمِ المَحْرَمُ : القَرِيبُ الذى يَحْرُمُ نِكاحُه عليه ، لو كان أحَدُهما رجلًا والآخَرُ امرأةً ، وهم الوالِدان وإن عَلَوْا مِن قِبَلِ الأبِ والأُمِّ جميعًا ، والوَلَدُ وإن سَفَل مِن

الإنصاف

قوله : فأمَّا المِلْكُ ، فمَن ملَك ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ عتَق عليه . وهو المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وعنه ، لا يَعْتِقُ إلَّا عَمُودَا النَّسَبِ . قال فى « الكافِى » : بناءً على أنَّه لا نفقَةَ لغيرِهم . وقال فى « الانْتِصارِ » : لَنا فيه خِلافٌ . واخْتارَ الآجُرِّىُّ ، لا نفقَةَ لغيرِهم . ورَجَّح ابنُ عَقِيلٍ ، لا عِتْقَ بالمِلْكِ . وعنه ، إنْ مَلَكَه بإرْثٍ ، لم يَعْتِقْ . وفى إجْبارِه على عِتْقِه رِوايَتان . ذكَرَه ابنُ أبى مُوسى . وعنه ، لا يَعْتِقُ الحَمْلُ حتى يُولَدَ فى مِلْكِه حيًّا . فلو زوَّج ابنَه

الشرح الكبير

وَلَدِ البَنينَ والبَناتِ ، والإِخْوَةُ والأَخَواتُ ، وأَوْلادُهم وإن سَفَلُوا[1] ، والأعْمامُ والعمَّاتُ ، والأخْوالُ والخالاتُ وإن عَلَوْا ، دُونَ أَوْلادِهِم ، فمتى مَلَكَ أحدًا مِنْهم عَتَق عليه . رُوِىَ ذلك عن عُمَرَ ، وابنِ مسعودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهما . وبه قال الحسنُ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، وعطاءٌ ، والحَكَمُ ، وابنُ أبى لَيْلَى والثَّوْرِىُّ ، واللَّيْثُ ، وأبو حنيفةَ ، والحسنُ بنُ صالحٍ ، وشَرِيكٌ ، ويَحْيَى بنُ آدمَ . وأعْتَقَ مالِكٌ الوالِدِين والمَوْلودِين وإن بَعُدُوا ، والإِخْوةَ والأَخَواتِ دُونَ أولادِهم . ولم يُعْتِقِ الشافعىُّ إلَّا عَمُودَىِ النَّسَبِ . وعن أحمدَ كذلك . ولم يُعْتِقْ داودُ وأهلُ الظّاهِرِ أحدًا حتى يُعْتِقَه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « لَا يَجْزِى وَلَدٌ والِدَهُ ، إلَّا أنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ » . رَواه مسلمٌ[2] . ولَنا ، ما رَوَى الحسنُ عن سَمُرَةَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ » . رَواه

الإنصاف

بأَمَةٍ ، فَحَمَلَتْ منه فى حَياتِه ، ثم وَلَدَتْ بعدَ موتِ جَدِّه ، فهل هو مَوْرُوثٌ عنه أو حُرٌّ ؟ فيه رِوايَتان . ذكَره فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم .

فائدة : لو ملَك رَحِمًا غيرَ مَحْرَمٍ عليه ، أو ملَك مَحْرَمًا برَضاعٍ أو مُصاهَرَةٍ ، لم يَعْتِقْ . نصَّ عليه فى رِوايةِ الجماعةِ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، أنَّه كَرِهَ بَيْعَ أخِيه مِنَ الرَّضاعِ ، وقال : يَبِيعُ أخاه ؟!

---

(1) بعده فى الأصل : « من ولد البنين والبنات » .

(2) تقدم تخريجه فى ١٤/ ٢٨٦ .

الشرح الكبير

أبو داودَ ، والتِّرْمِذِىُّ[1] . وقال : حديثٌ حسنٌ . [2]وروَى ضَمْرَةُ ، عن سفيانَ ، عن عبدِ اللهِ بن دينارٍ ، عن ابنِ عُمَرَ ، عن النبىِّ ﷺ : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ »[3] . وسئِلَ أحمدُ عن ضَمْرَةَ ، فقال : ثِقَةٌ إلَّا أنَّه روَى حديثَيْن [4]لا أصلَ لهما[4] ، أحَدُهما ، هذا الحديثُ[2] . ولأنَّه ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فعَتَقَ عليه بالمِلْكِ ، كعَمُودَىِ النَّسَبِ ، وكالإِخْوَةِ والأخواتِ عندَ مالكٍ . فأمّا قَوْلُه : « حَتَّى يَشْتَرِيَه فيُعْتِقَه » . فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ فيَشْتَرِيَه فيُعْتِقَه بشِرائه ، كما يقالُ : ضَرَبَه فقَتَلَه . والضَّرْبُ هو القَتْلُ ؛ وذلك لأنَّ الشِّراءَ لمّا كان يَحْصُلُ به العِتْقُ تارةً دُونَ أُخْرَى ، جاز عَطْفُ صِفَتِه عليه ، كما يقالُ : ضَرَبَه فأطار رأْسَه .

وسواءٌ مَلَكَه بشِراءٍ ، أو هِبَةٍ ، أو غَنِيمَةٍ ، أو إرْثٍ ، أو غيرِه ، لا نَعْلَمُ بينَ أهلِ العلمِ فيه خِلافًا .

فصل : ولا خِلافَ فى أنَّ المحارِمَ مِن غيرِ ذَوِى الأرْحامِ لا يَعْتِقُونَ على سيِّدِهم ، كالأُمِّ مِن الرَّضاعَةِ ، والأخِ مِنْها[5] ، والرَّبِيبَةِ ، وأُمِّ

الإنصاف ....

(1) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من ملك ذا رحم محرم ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/٣٥١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من ملك ذا رحم محرم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٢٣ . كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/٨٤٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/١٥ ، ١٨ .

وهو حديث صحيح . انظر إرواء الغليل ٦/١٦٩ - ١٧١ .

(٢ - ٢) سقط من : ر٢ ، م .

(3) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/٨٤٤ .

(٤ - ٤) فى الأصل : « الأصل لها » .

(5) فى الأصل : « منهما » .

المقنع

وَإِنْ مَلَكَ وَلَدَهُ مِنَ الزِّنَى لَمْ يَعْتِقْ فِى ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتِقَ .

الشرح الكبير

الزَّوْجَةِ ، وابْنَتِها ، إلَّا أنَّه حُكِىَ عن الحسنِ ، وابن سِيرِينَ ، وشَرِيكٍ ، أنَّه لا يجوزُ بَيْعُ الأخ مِن الرَّضاعةِ . ورُوِىَ عن ابنِ مسعودٍ ، أنه كَرِهَهُ . والأوَّلُ أصَحُّ . قال الزُّهْرِىُّ : جَرَتِ السُّنَّةُ بأن يُباعَ الأخُ والأُخْتُ مِن الرَّضاعةِ . ولأنَّهم لا نَصَّ فى عِتْقِهم ، ولا هم فى مَعْنَى المَنْصوصِ عليه ، فيَبْقُون على الأصْلِ ، ولأنَّهما لا رَحِمَ بينَهما ولا تَوارُثَ ، ولا تَلْزَمُه نَفَقَتُه ، فأشْبَهَ الرَّبِيبَةَ وأُمَّ الزَّوْجَةِ .

٢٩١٧ – مسألة : (وإن مَلَكَ وَلَدَهُ مِنَ الزِّنى لم يَعْتِقْ) عليه (فى ظاهِرِ كلامِ أحمدَ) لأنَّ أحكامَ الوَلَدِ غيرُ ثابتةٍ فيه –وهى الميراثُ ، والحَجْبُ ، والمَحْرَمِيَّةُ ، ووُجُوبُ الإنْفاقِ ، وثُبُوتُ الوِلايَةِ عليه – (ويَحْتَمِلُ أن يَعْتِقَ) لأنه جُزْؤُه حَقِيقَةً ، وقد ثَبَت فيه حُكْمُ تَحْرِيمِ التَّزويجِ ، ولهذا لو مَلَكَ وَلَدَه المُخالِفَ له فى الدِّينِ عَتَق عليه مع انْتِفاءِ هذه الأحْكامِ .

الإنصاف

قوله : وإنْ ملَكَ وَلَدَه مِن الزِّنَى – يعْنِى وإنْ نزَل – لم يَعْتِقْ فى ظاهرِ كلامِه . وهو المذهبُ . نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ »، و « النَّظْمِ »، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ »، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . قال فى « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » وغيره : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : عليه الأصحابُ . ويحْتَمِلُ أنْ يَعْتِقَ . واخْتاره بعضُ الأصحابِ وهذا الاحْتِمالُ [٣/١٣٩ظ] لأبى الخَطَّابِ .

المقنع

وَإِنْ مَلَكَ سَهْمًا مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ الْمِيرَاثِ وَهُوَ مُوسِرٌ عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ ، وَعَلَيْهِ [١٩١ظ] قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ . وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا لَمْ يَعْتِقْ عَلَيْهِ إِلَّا مَا مَلَكَ . وَإِنْ مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ لَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ إِلَّا مَا مَلَكَ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَعْتِقُ عَلَيْهِ نَصِيبُ الشَّرِيكِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا .

الشرح الكبير

٢٩١٨ - مسألة : (وإن مَلَك سَهْمًا مِمَّن يَعْتِقُ عليه بغيرِ المِيراثِ وهو مُوسِرٌ عَتَق عليه كلُّه ، وعليه قِيمَةُ [٤/٦ ظ] نصيبِ شَرِيكِه . وإن كان مُعْسِرًا لم يَعْتِقْ عليه إلَّا ما مَلَك . وإن مَلَكَه بالمِيراثِ لم يَعْتِقْ منه إلَّا ما مَلَك ، مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا . وعنه ، أنَّه يَعْتِقُ عليه نَصِيبُ الشَّرِيكِ إن كان مُوسِرًا) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ مَن مَلَك سَهمًا مِمَّن يَعْتِقُ عليه ، فإنَّه يَعْتِقُ عليه ما مَلَك منه ، سواءٌ مَلَكَه بعِوَضٍ ، أو بغيرِ عِوَضٍ ،

الإنصاف

فائدة : لو ملَك أباه مِن الزِّنَى ، فحُكْمُه حُكْمُ ما لو ملَك ابنه مِنَ الزِّنَى . ذكَرَه فى « التَّبْصِرَةِ » ، و « الرِّعايةِ » ، واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » . قلتُ : إنْ أرادُوا أنَّ أباه وَلَدُ زِنًى ، ووَلَدَه وَلَدُ زِنًى منه ، فهذا مُحْتَمَلٌ . وإنْ أرادُوا (١) أنَّ أباه هو الزَّانِى ، وهذا(١) الذى مَلَكَه هو وَلَدُه مِنَ الزِّنَى ، فمُسَلَّمٌ . وهو مُرادُهم واللهُ أعلمُ . وإنْ أرادُوا أنَّ أباه وَلَدُ زِنًى ، ووَلَدَه الذى مَلَكَه ليس مِن زِنًى ، فهذا غيرُ مُسَلَّمٍ ، بل يَعْتِقُ عليه هُنا ، وهو داخِلٌ فى كلامِهم .

قوله : وإنْ ملَك سَهْمًا مِمَّن يَعْتِقُ عليه بغيرِ المِيراثِ وهو مُوسِرٌ عتَق عليه كُلُّه . اعلمْ أنَّه إذا ملَك جُزْءًا ممَّن يَعْتِقُ عليه ، وكان مِلْكُه له بغيرِ المِيراثِ ، فلا يخْلُو ،

(١ - ١) فى ا : « أباه ولد زنى وولده » .

الشرح الكبير

(1) كالهِبَةِ ، والاغْتِنامِ (1) والوَصِيَّةِ ، وسَواءٌ مَلَكَه باخْتِيارِه ، كالذى ذَكَرْنا ، أو بغيرِ اخْتِيارِه ، كالمِيراثِ ؛ لأنَّ كلَّ ما يَعْتِقُ به الكُلُّ ، يَعْتِقُ به البَعْضُ ، كالإِعْتاقِ بالقولِ ، ثم يُنْظَرُ ؛ فإن كان مُعْسِرًا لم يَسْرِ العِتْقُ ، واسْتَقَرَّ فى ذلك الجُزْءِ ورَقَّ الباقِى ؛ لأنَّه لو أعْتَقَه بقَوْلِه لم يَسْرِ إعْتاقُه بتَصْريحِه بالعِتْقِ وقَصْدِه إيّاهُ ، فههُنا أوْلَى . وإن كان موسِرًا وكان المِلْكُ (2) باخْتِيارِه ، كالمِلْكِ بغيرِ المِيراثِ ، سَرَى إلى باقِيه ، فعَتَقَ جَمِيعُ العَبْدِ ، ولَزِمَه لشَرِيكِه قِيمَةُ باقِيه ؛ لأنَّه فوَّتَه عليه . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو يُوسُفَ . وقال قَوْمٌ : لا يَعْتِقُ عليه إلَّا ما مَلَك ، سواءٌ مَلَكَه بشراءٍ أو غَيْرِه ؛ لأنَّ هذا لم يَعْتِقْه ، وإنَّما عَتَق عليه بحُكْمِ الشَّرْعِ ، عن غيرِ اخْتِيارٍ منه ، فلم يَسْرِ ، كما لو مَلَكَه بالمِيراثِ ، وفارَقَ ما أعْتَقَه ؛ لأنَّه فَعَلَه باخْتِيارِه قاصِدًا إليه . ولَنا ، أنَّه فَعَلَ سَبَبَ العِتْقِ اخْتِيارًا منه ، وقَصَد إليه ، فسَرَى ولَزِمَه الضَّمانُ ، كما لو وَكَّلَ مَن أعْتَقَ نَصِيبَه . وفارَقَ

الإنصاف

إمَّا أنْ يكونَ مُوسِرًا ، أو مُعْسِرًا ؛ فإنْ كان مُوسِرًا ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ مُوسِرًا بجَمِيعِه ، أو مُوسِرًا ببعضِه ؛ فإنْ كان مُوسِرًا بجَمِيعِه ، عتَق عليه فى الحالِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقيل : لا يَعْتِقُ عليه قبلَ أداءِ القيمَةِ . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، ومالَ إليه الزَّرْكَشِىُّ . فعليه ، لو أعْتَقَ الشَّريكُ قبلَ أدائِها ، فهل يصِحُّ عِتْقُه ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . قال فى « الرِّعايَةِ » : فهل يصِحُّ عِتْقُه ؟ يحْتَمِلُ

(1 - 1) فى ر 2 ، م : « كالاغتنام » .

(2) فى ر 2 ، م : « الميراث » .

الشرح الكبير

المِيراثَ ، فإنَّه حَصَل بغيرِ فِعْلِه ، ولا قَصْدِه ، ولأنَّ مَن باشَرَ[1] سبَبَ السِّرايَةِ اخْتِيارًا لَزِمَه الضمانُ[2] ، كمَن جَرَح إنْسانًا فسَرَى جُرْحُه ، ولأنَّ مُباشَرَةَ ما يَسْرِى وتَسَبُّبَه[3] إليه فى لُزُومِ حُكْمِ السِّرايَةِ واحِدٌ ، بدَلِيلِ اسْتِواءِ الحافِرِ والدافِعِ فى ضَمانِ الواقِعِ ، فأمّا إن مَلَكَه بالمِيراثِ ، لم يَسْرِ العِتْقُ فيه ، واسْتَقَرَّ فيما مَلَكَه ، ورَقَّ الباقِى ، موسرًا كان أو مُعْسِرًا ؛ لأنَّه لم يتَسَبَّبْ إلى إعْتاقِه ، وإنَّما حَصَل بغيرِ اخْتِيارِه . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو يُوسُفَ . وعن أحمدَ ، ما يدُلُّ على أنَّه يَسْرِى إلى نَصِيبِ الشَّرِيكِ إذا كان موسِرًا ؛ لأنَّه عَتَق عليه بَعْضُه وهو موسِرٌ ، فسَرَى إلى باقِيه ، كما لو وَصَّى له به فقَبِلَه . والمَذْهَبُ الأوَّلُ ؛ لأنَّه لم يُعْتِقْه ولا تَسَبَّبَ إليه ، فلم يَضْمَنْ ، ولم يَسْرِ ، كالأجْنَبِىِّ ، وفارَقَ ما تَسَبَّبَ إليه .

الإنصاف

وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، يصِحُّ . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، رَحِمَهما اللهُ . والثَّانى ، لا يصِحُّ .

تنبيه : قوْلُه : وعليه قِيمَةُ نَصيبِ[4] شَرِيكِه . بلا نِزاعٍ . ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ قريبًا ؛ متى يُقَوَّمُ ؟ .

فائدة : قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : له نِصْفُ القِيمَةِ . قال فى « الفُروعِ » : لا قِيمَةُ النِّصْفِ . ورَدَّه ابنُ نَصْرِ اللهِ فى « حَواشِيه » ، وتَأَوَّلَ كلامَ الإمامِ أحمدَ ،

---

(1) فى الأصل : « باشره » .
(2) فى الأصل ، ر٢ : « ضمانا » .
(3) فى م : « ونسبته » .
(4) فى ط ، ا : « نصف » .

الشرح الكبير

فصل : وإن وَرِث الصَّبِىُّ والمَجْنُونُ جُزْءًا ممَّن يَعْتِقُ عليهما ، عَتَق ولم يَسْرِ إلى باقِيه ؛ لأنَّه إذا لم يَسْرِ فى حَقِّ المُكَلَّفِ ، ففى حَقِّهما أوْلَى . وإن وُهِب لهما ، أو وُصِّىَ لهما به وهما مُعْسِران ، فعلى وَلِيِّهما قَبُولُه ؛ لأنه نَفْعٌ لهما ، بإعْتاقِ قَرِيبِهما مِن غيرِ ضَرَرٍ يَلْحَقُ قَرِيبَهما . وإن كانا مُوسِرَيْن ، ففيه وَجْهان ، مَبْنِيَّان على أنَّه هل يُقَوَّمُ عليهما باقِيه إذا مَلَكا بَعْضَه ؟ وفيه وجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يُقَوَّمُ ولا يَسْرِى العِتْقُ إليه ؛ لأنَّه يَدْخُلُ

الإنصاف

رَحِمَه اللهُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هل يُقَوَّمُ كامِلًا ولا عِتْقَ فيه ، أو قد عتَقَ بعضُه ؟ فيه قَوْلان للعُلَماء ، أصحُّهما الأَوَّلُ – وهو الذى قالَه أبو العَبَّاسِ فيما أظُنُّ – لظاهرِ الحديثِ ، ولأنَّ حقَّ الشَّرِيكِ إنَّما هو فى نِصْفِ القِيمَةِ ، لا قِيمَةِ النِّصْفِ ؛ بدَليلِ ما لو أرادَ البَيْعَ ، فإنَّ الشَّرِيكَ يُجْبَرُ على البَيْعِ معه . انْتَهى . وكذا الحُكْمُ لو أعْتَقَ شريكًا فى عَبْدٍ وهو مُوسِرٌ ، على ما يأْتِى . وإنْ كان مُوسِرًا ببعضِه ، عتَق عليه . على الصَّحيحِ مِن المذهبِ ، بقَدْرِ ما هو مُوسِرٌ به . نصَّ عليه فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ . قال فى « الفائقِ » : عتَق بقَدْرِه . فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . وقيل : لا يَعْتِقُ إلَّا ما مَلَكَه ، والحالَةُ هذه .

تنبيه : شَمِلَ قوْلُه : عتَق كُلُّه . لو كان شِقْصُ شَرِيكِه مُكاتَبًا أو مُدَبَّرًا أو مَرْهُونًا . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفروعِ » . وقال القاضى : يمْتَنِعُ العِتْقُ فى المُكاتَبِ والمُدَبَّرِ ، إلَّا أنْ يَبْطُلا ، فَيَسْرِىَ حِينَئذٍ . وحيثُ سَرَى ، ضَمِنَ حقَّ الشَّرِيكِ بنِصْفِ قِيمَتِه مُكاتَبًا . على

الشرح الكبير

فى[1] مِلْكِه بغيرِ اخْتِيارِه ، أشْبَهَ ما لو وَرِثَه . والثانى ، يُقَوَّمُ عليه ؛ لأنَّ قَبُولَ وَلِيِّه يقومُ مَقامَ قَبُولِه ، فأشْبَهَ الوَكيلَ . فعلى هذا الوَجْهِ ، ليس لوَلِيِّه قَبُولُه ؛ لِما فيه مِن الضَّرَرِ . وعلى الأوَّلِ ، يَلْزَمُه قَبُولُه ؛ لأنَّه نَفْعٌ [٦/٥ و] بغيرِ ضَرَرٍ ، إذا كان مِمَّن لا تَلْزَمُه نَفَقَتُه ، وإذا قُلْنا : ليس له أن يَقْبَلَه . فقَبِلَه ، احْتَمَلَ أن لا يَصِحَّ القَبُولُ[2] ؛ لأنَّه فَعَلَ ما لم يَأْذَنْ له الشَّرْعُ فيه ، فأَشْبَهَ ما لو باعَ مالَه[3] بغَبْنٍ . واحْتَمَلَ أن يَصِحَّ وتكونَ الغرامةُ عليه ؛ لأنَّه ألْزَمَه هذه الغرامةَ ، فكانت عليه كنَفَقَةِ الحَجِّ إذا أحَجَّه .

الإنصاف

الصَّحيحِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وعنه ، يضْمَنُه بما بَقِىَ مِن الكِتابةِ . جزَم به فى « الرَّوْضَةِ » . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » . وأما المَرْهونُ ، فيَسْرِى العِتْقُ عليه ، وتُؤْخذُ قِيمَتُه فتُجْعَلُ مَكانَه رَهْنًا . قالَه فى « التَّرْغيبِ » ، واقْتصَرَ عليه فى « الفُروعِ » .

فائدة : حَدُّ المُوسِرِ هنا ؛ أنْ يكونَ حينَ الإعْتاقِ قادِرًا على قِيمَةِ الشِّقْصِ ، وأنْ يكونَ فاضِلًا عن قُوتِه وقوتِ عِيالِه ، يوْمَه ولَيْلَتَه ، كالفِطْرَةِ ، على ما تقدَّم هناك . نصَّ عليه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقالَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » . قال أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبيهِ » : اليَسارُ هنا ؛ أنْ يكونَ له فَضْلٌ عن قُوتِه وقُوتِ عيالِه ، يوْمَه ولَيْلَتَه ، وما يفْتَقِرُ إليه مِن حَوائِجه الأصْلِيَّةِ ، مِنَ

---

(١) زيادة من : الأصل .
(٢) فى الأصل : « للقبول » .
(٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وإن باعَ عَبْدًا لذى رَحِمِه وأجْنَبِىٌّ صَفْقَةً واحِدَةً ، عَتَق كلُّه إذا كان ذو رَحِمِه مُوسِرًا ، وضَمِن لشَريكِه قِيمَةَ حَقِّه منه . وقال أبو حنيفةَ : لا يَضْمَنُ لشَريكِه شيئًا ؛ لأنَّ مِلْكَه لم يَتِمَّ إلَّا بقَبُولِ شَريكِه ، فصار كأنَّه أذِنَ له فى إعْتاقِ نَصِيبِه [١]ولَنا ، أنَّه عَتَق عليه نَصِيبُه[١] بمِلْكِه باخْتِيارِه ، فوَجَبَ أن يُقَوَّمَ عليه باقِيه مع يَسارِه ، كما لو انْفَرَدَ بشِرائِه ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه لا يَصِحُّ قَبُولُه إلَّا بقَبُولِ شَريكِه .

الإنصاف

الكُسْوَةِ والمَسْكَنِ وسائرِ ما لا بُدَّ منه . نقَلَه عنه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : ولم أرَه فيه ، وإنَّما فيه أنْ يكونَ مالِكًا مبْلَغَ حِصَّةِ شَريكِه . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو ظاهِرُ كلامِ غيرِه . وأوْرَدَه ابنُ حَمْدانَ مذهبًا . وقال فى « المُغْنِى »[٢] : مُقْتَضَى نَصِّه ؛ لا يُباعُ له أصْلُ مالٍ . قال فى « الفائقِ » : ولا يُباعُ له دارٌ ولا رِباعٌ . نصَّ عليه . وقال فى « الرِّعايةِ » : وقيلَ : بل إنْ كان ما يَغْرَمُه المَوْلَى فاضِلًا عن قُوتِ يوْمِه ولَيْلَتِه . قلتُ : وعن قُوتِ مَن تَلْزَمُه نفقَتُه فيهما ، ما لا بُدَّ لهما منه . انتهى . والاعْتِبارُ باليَسارِ والإعْسارِ حالَةَ العِتْقِ ؛ فلو أيْسَرَ المُعْسِرُ بعدَه ، لم يَسْرِ إليه ، ولو أعْسَرَ المُوسِرُ لم يسْقُطْ ما وجَب عليه . نصَّ على ذلك .

قوله : وإنْ كان مُعْسِرًا – يعْنِى بجميعِه – لم يَعْتِقْ عليه إلَّا ما ملَك . وهذا المذهبُ ، وعليه مُعْظَمُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ،

(١ - ١) سقط من : م .
(٢) ١٤/٣٥٦ .

الشرح الكبير

فصل : إذا كانت أمَةٌ[1] مُزَوَّجَةً ، ولها ابنٌ مُوسِرٌ ، فاشْتَراها هو وزَوْجُها وهى حامِلٌ منه ، صَفْقَةً واحِدَةً ، عَتَق نَصِيبُ الابْنِ مِن أُمِّه ، وسَرَى إلى نصيبِ الزَّوْجِ ، ويُقَوَّمُ عليه ، وعَتَق الحَمْلُ عليهما معًا ؛ لأنَّه ابنُ الزَّوْجِ وأخو الابْنِ ، ولا يَجِبُ لأحَدِهما على الآخرِ منه شيءٌ ؛ لأنَّه عَتَق عليهما فى حالٍ واحِدَةٍ . ولو كانتِ المَسْألَةُ بحالِها ، فوُهِبَتْ لهما ، أو وُصِّىَ لهما بها ، فقَبِلاها فى حالٍ واحِدَةٍ ، فكذلك ، وإن قَبِلَها أحَدُهما قبلَ الآخرِ ، نَظَرْنا ؛ فإن قَبِل الابْنُ أوَّلًا ، عَتَقَت عليه[1] الأُمُّ وحَمْلُها ، وعليه قِيمَةُ باقِيهما للزَّوْجِ . وإن قَبِل الزَّوْجُ أوَّلًا عَتَق عليه الحَمْلُ كلُّه . ثم إذا قَبِل الابْنُ عَتَقَتْ عليه الأُمُّ كلُّها ، ويَتقاصّان[2] ، ويَرُدُّ كلُّ واحِدٍ منهما الفَضْلَ على صاحِبِه . ومَن قال فى الوَصِيَّةِ : إنَّ المِلْكَ لا يَثْبُتُ فيها بالموتِ . فالحُكْمُ فيه كما لو قَبِلاها دُفْعَةً واحِدَةً .

الإنصاف

و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : هذا ظاهِرُ المذهبِ . وعنه ، يَعْتِقُ كُلُّه ، ويُسْتَسْعَى العَبْدُ فى بقِيَّتِه . [٣/١٤٠و] نَصَرَه فى « الانْتِصارِ » . واخْتارَه أبو محمدٍ الجَوْزِىُّ ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَهم اللهُ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، قِيمَةُ حِصَّةِ الشَّرِيكِ فى ذِمَّةِ العَبْدِ ، وحُكْمُه حُكْمُ الأَحْرارِ ، فلو ماتَ وبيَدِه مالٌ ، كان لسَيِّدِه ما بَقِىَ مِنَ السِّعايَةِ ، والباقى إرْثٌ ، ولا يرْجِعُ العَبْدُ على أحَدٍ بشىءٍ . وهذا الصَّحيحُ . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو ظاهِرُ كلامِ الأكْثَرِينَ . وهو كما قال ، فإنَّهم

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « يتقاضيان » .

المقنع وَإِنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ فَجَدَعَ أَنفَهُ أَوْ أُذُنَهُ وَنَحْوَ ذَلِكَ ، عَتَقَ عَلَيْهِ . نَصَّ

الشرح الكبير **٢٩١٩** – مسألة : (وإن مَثَّلَ بعَبْدِه فجدَعَ أنْفَه أو أُذُنَه و نحوَ ذلك ، عَتق . نَصَّ عليه) لِما رَوَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّه ، أنَّ زِنْباعًا أبا رَوْحٍ وَجَد غُلامًا له مع جارِيَتِه ، فقَطَعَ ذَكَرَه وجَدَعَ أنْفَه ، فأتَى العَبْدُ

الإنصاف قالوا : يَعْتِقُ العَبْدُ كُلُّه . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَعْتِقَ حتى يُؤَدِّىَ حقَّ السِّعايَةِ . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . فيكونُ حُكْمُه حُكْمَ عَبْدٍ بعضُه رَقِيقٌ ، فلو ماتَ كان للشَّريكِ مِن مالِه مثلُ ما لَهُ ، عندَ مَن لم يَقُلْ بالسِّعايةِ . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » .

قوله : وإنْ ملَكَه بالمِيراثِ ، لم يَعْتِقْ منه إلَّا ما ملَك ، مُوسِرًا كان أَوْ مُعْسِرًا . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الجامِعِ » ، و « الكافِى » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه ، أنَّه يَعْتِقُ عليه نَصِيبُ الشَّريكِ إنْ كان مُوسِرًا . نصَّ عليها فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ .

قوله : وإنْ مَثَّلَ بعَبْدِه فجدَع أنْفَه أَوْ أُذُنَه ونَحْوَه – وكذا لو حَرَّق عُضْوًا منه . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : أو أحْرَقَه بالنَّارِ – عتَق عليه . نصَّ عليه ، للأثَرِ . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ »، و « الوَجيزِ »، و « المُنَوِّرِ »، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ »، و « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و « النَّظْمِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « الفائقِ »، وغيرِهم . قال القاضى : القِياسُ أنَّه لا يَعْتِقُ . وقال جماعةٌ مِنَ الأصحابِ : لا يَعْتِقُ المُكاتَبُ .

المقنع

عَلَيْهِ . قَالَ الْقَاضِى : وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَعْتِقَ .

الشرح الكبير

النبىَّ ﷺ فذكَرَ ذلك له ، فقال له[1] النبىُّ ﷺ : « مَا حَمَلَكَ عَلَى مَا فَعَلْتَ ؟ » قال : فَعَل كذا وكَذا . قال : « اذْهَبْ فَأَنْتَ حُرٌّ »[2] . (قال القاضى : والقِياسُ أن لا يَعْتِقَ) لأنَّ سَيِّدَه لم يَعْتِقْه بلفظٍ صريحٍ ولا كِنايةٍ . وإذا ثَبَت الحديثُ وَجَب العملُ به وتُرِكَ القِياسُ .

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه سواءٌ قصَد التَّمْثِيلَ به أو لم يقْصِدْه . وهو أحدُ الوَجْهَيْن . قال فى « الفائقِ » : ولم يشْتَرِطْ غيرُ ابنِ عَقِيلٍ القَصْدَ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وقيل : يُشْتَرَطُ القَصْدُ فى ذلك . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » .

فوائد ؛ إحْداها ، حيثُ قُلْنا : يَعْتِقُ بالتَّمْثِيلِ . يكونُ الوَلاءُ لسَيِّدِه . نصَّ عليه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » . وقيل : لبَيْتِ المالِ . ذكَرَه فى « الرِّعايةِ » . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يُصْرَفُ فى الرِّقابِ . قال : وهو قِياسُ المذهبِ . قال فى « الفائقِ » : قلتُ : واخْتارَه ابنُ الزَّاغُونِىِّ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . وقال أيضًا فى « الفائقِ » : ويَتَوَجَّهُ فى العَمَلِ به كقَوْلِ ابنِ عَقِيلٍ ، وإنْ لم يُشْتَرَطْ ، فكالمَنْصُوصِ . الثَّانيةُ ، هل يَعْتِقُ بمُجَرَّدِ المُثْلَةِ ، أو يُعْتِقُه عليه السُّلْطانُ ؟ قال فى « الفائقِ » : يحْتَمِلُ رِوايتَيْن من كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . قال فى رِوايَةٍ : يَعْتِقُ . وقال فى رِوايَةٍ : يُعْتِقُه السُّلْطانُ . وهما رِوايَتان عن

---

(1) زيادة من : الأصل .

(2) أخرجه أبو داود ، فى : باب من قتل عبده أو مثّل به ... ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/٤٨٤ . وابن ماجه ، فى : باب من مثّل بعبده فهو حر ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/٨٩٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٢٥ .

المقنع

وَإِذَا أَعْتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ فَمَالُهُ لِلسَّيِّدِ .

الشرح الكبير

٢٩٢٠ - مسألة : (وإذا أعْتَقَ عَبْدًا فمالُه لسَيِّدِه) رُوِىَ هذا عن

الإنصاف

الإمامِ مالِكٍ ، رَحِمَه اللهُ . والمَعْروفُ فى المذهبِ ؛ أنَّه يَعْتِقُ عليه بمُجَرَّدِ ذلك . قالَه فى « القَواعِدِ » . وظاهِرُ رِوايَةِ المَيْمُونِيِّ ؛ يُعْتِقُه[1] السُّلْطانُ عليه . وقال فى « الفائقِ » أيضًا : ولو مثَّلَ بعَبْدٍ مُشْتَرَكٍ ، سرَى العِتْقُ إلى باقِيه وضَمِنَ للشَّرِيكِ[2] . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ . الثَّالثةُ ، قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : لو اسْتَكْرَهَ المالِكُ عَبْدَه على الفاحِشَةِ ، عتَق عليه . وهو أحدُ القَوْلَيْن فى مذهبِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وهو مَبْنِيٌّ على القَوْلِ بالعِتْقِ بالمُثْلَةِ . ولو اسْتَكْرَه أمَةَ امْرَأتِه على الفاحِشَةِ ، عَتَقَتْ ، وغَرِمَ مثلَها لسَيِّدَتِها . قالَه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ إسْحاقَ . الرَّابعةُ ، مَفْهومُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه لو مَثَّلَ بعَبْدِ غيرِه ، لا يَعْتِقُ عليه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : يتَوَجَّهُ أنْ يَعْتِقَ . واخْتارَه . الخامسةُ ، مَفْهومُه أيضًا ، أنَّه لو لعَنَ عَبْدَه ، لا يَعْتِقُ عليه بذلك . وهو صَحيحٌ ، وهو المذهبُ . وذكَر ابنُ حامِدٍ ، عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّه قال : مَن لعَنَ عَبْدَه ، فعليه أنْ يُعْتِقَه ، أو لعَنَ شيئًا مِن مالِه ، أنَّ عليه أنْ يتَصَدَّقَ به . قال : ويَجِيءُ فى لَعْنِ زَوْجَتِه ، أنَّه يلْزَمُه أنْ يُطَلِّقَها . قال ابنُ رَجَبٍ فى شَرْحِ حَديثِ « لبيك » : ويَشْهَدُ لهذا فى الزَّوْجَةِ ، وُقوعُ الفُرْقَةِ بينَ المُتَلاعِنَيْن لَمّا كان أحدُهما كاذِبًا فى نَفْسِ الأمْرِ ، قد حقَّتْ عليه اللَّعْنَةُ أو الغَضَبُ . السَّادِسةُ ، لو وَطِئَ جارِيَتَه المُباحَةَ التى لا يُوطَأُ مثلُها ، فأفْضاها ، عَتَقَتْ ، وإلَّا فلا . قالَه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » .

قوله : وإنْ أعْتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَه فمالُه للسَّيِّدِ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ .

---

(١) فى ط : « يعتق » .

(٢) فى ط : « الشريك » .

المقنع

وَعَنْهُ ، أَنَّهُ لِلْعَبْدِ .

الشرح الكبير

ابنِ مسعودٍ ، وأبى أيُّوبَ ، وأنسِ بنِ مالكٍ . وبه قال قَتادةُ ، والحَكَمُ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ ذلك عن حمّادٍ ، والبَتِّىِّ ، وداودَ بنِ أبى هِنْدٍ ، وحُمَيْدٍ . (وعنه) رِوايةٌ أُخْرَى (أنَّه للعَبْدِ) وبه قال الحسنُ ، وعطاءٌ ، [١]والشَّعْبِىُّ[١] ، والنَّخَعِىُّ ، ومالكٌ ، وأهلُ المدينةِ : يَتْبَعُهُ ؛ لِما روَى نافِعٌ ، عن ابنِ عُمَرَ ، عن النبىِّ ﷺ أنه قال : « مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَالْمَالُ [٦/٥ظ] لِلْعَبْدِ » . رَواه الإمامُ أحمدُ بإسْنادِه[٢] ، وغيرُه[٣] . وروَى حمّادُ بنُ سَلَمَةَ عن أيُّوبَ عن نافِعٍ عن ابنِ عُمَرَ ، [٤]أنَّه كان إذا أعْتَقَ عبدًا لم يَعْرِضْ لمالِه[٥] . ولَنا ، ما روَى الأَثْرَمُ بإسْنادِه عن ابنِ مسعودٍ[٤] ، أنَّه قال لغُلامِه عُمَيْرٍ : يا عُمَيْرُ ، إنِّى

الإنصاف

جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وعنه ، للعَبْدِ .

فائدة : مِثلُ ذلك فى الحُكْمِ ، لو أعْتَقَ مُكاتَبَه وبيَدِه مالٌ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وعنه ، له . وإنْ فضَل فَضْلٌ بعدَ أداءِ الكِتابَةِ ، فهو للمُكاتَبِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٥٣/٢ . وابن ماجه ، فى : باب من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٥/٢ . وليس فى المسند. وانظر : إرواء الغليل ١٧٢/٦ .

(٤ - ٤)سقط من : الأصل .

(٥) انظر تخريج الحديث السابق .

الشرح الكبير

أُريدُ أن أُعْتِقَكَ عِتْقًا هَنِيئًا[1] ، فأَخْبِرْنى بمالِك ، فإنِّى سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ : « أَيُّما رَجُلٍ أَعْتَقَ عَبْدَهُ أَوْ غُلَامَهُ فَلَمْ يُخْبِرْهُ بِمَالِه فَمَالُه لِسَيِّدِه »[2] . ولأنَّ العبدَ ومالَه كانا للسَّيِّدِ ، فأزال مِلْكَه عن أحدِهما ، فبَقِىَ مِلْكُه فى الآخَرِ ، كما لو باعَه ، وقد دَلَّ عليه حديثُ النبىِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ولَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ »[3] . فأمّا حديثُ ابنِ عُمَرَ ، فقال أحمدُ : يَرْوِيه عبدُ اللهِ بنُ أبى جَعْفَرٍ مِن أهلِ مِصْرَ ، وهو ضَعِيفٌ فى الحديثِ ، كان صاحِبَ فِقْهٍ ، فأمّا فى الحديثِ فليس هو فيه بالقَوِىِّ . وقال أبو الوليدِ[4] : هذا الحديثُ خَطَأٌ ، فأمّا فِعْلُ ابنِ عُمَرَ ، فهو تَفَضُّلٌ منه على مُعْتَقِه . قِيلَ لأحمدَ : كان هذا عندَك على التَّفَضُّلِ ؟ فقال : إى لَعَمْرِى على التَّفَضُّلِ . قِيلَ له : فكأنَّه عندَك للسَّيِّدِ[5] ؟ فقال : نعم ، للسَّيِّدِ ، مثلُ[6] البَيْعِ سَواءً .

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « هينا » .

(٢) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من أعتق عبدا وله مال ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/٨٤٥ .

(٣) تقدم تخريجه فى ٦/٣٠٣ .

(٤) أى الطيالسى هشام بن عبد الملك ، أمير المحدثين ، متقن ، توفى سنة سبع وعشرين ومائتين . الأنساب ٨/٢٨٣ .

(٥) فى الأصل : « السيد » .

(٦) فى م : « مع » .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِذَا أَعْتَقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ مُعَيَّنًا أَوْ مُشَاعًا عَتَقَ كُلُّهُ .

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وإذَا أعْتَقَ جُزْءًا مِن عَبْدِهِ مُعَيَّنًا أو مُشَاعًا عَتَق كُلُّه) أمّا إذا أعْتَقَ عَبْدَه وهو صحيحٌ جائزُ التَّصرُّفِ ، فإنَّه يَصِحُّ عِتْقُه بإجْماعِ أهلِ العلمِ ، فإنْ أعْتَقَ بَعْضَه عَتَق كُلُّه فى قولِ جمهورِ العلماءِ . رُوِىَ ذلك عن عُمَرَ ، وابْنِه ، رَضِىَ اللهُ عنهما[1] . وبه قال الحسنُ ، والحَكَمُ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ[2]: عامَّةُ العلماءِ بالحجازِ والعراقِ قالوا: يَعْتِقُ كُلُّه إذا أعتقَ نِصْفَه . وقال طاوُسٌ : يَعْتِقُ فى عِتْقِه ، ويَرِقُّ فى رِقِّه . وقال حمادٌ ، وأبو حنيفةَ : يَعْتِقُ منه ما أُعْتِقَ ، ويَسْعَى فى باقِيهِ . وخالفَ أبا حنيفةَ أصحابُه ، فلم يَرَوْا عليه سِعايَةً . ورُوِىَ عن مالكٍ فى رجلٍ أعْتَقَ نِصفَ عَبْدٍ ، ثم غَفَل عنه حتَّى مات ، فقال : أرى نِصْفَه حُرًّا ونِصْفَه رقيقًا ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ فى بَعْضِه ، فلم يَسْرِ إلى باقِيه ، كالبَيْعِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « مَنْ أعْتَقَ شِرْكًا لَه فى عَبْدٍ فكَانَ مَعَهُ مَا يَبْلُغُ ثَمَنَه[3] ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ

الإنصاف

تنبيه : [١٤٠/٣ظ] ، قوله : وإنْ أُعْتَقَ جُزْءًا مِن عَبْدِه مُعَيَّنًا أو مُشاعًا عتَق كُلُّه . مُرادُه ، إذا أعْتَقَ غيرَ شَعَرِه وظُفْرِه وسِنِّه ، ونحْوَه .

---

(١) أخرجه عنهما البيهقى ، فى : باب من أعتق من مملوكه شقصا ، من كتاب العتق . السنن الكبرى ٢٧٤/١٠ . وابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يعتق بعض مملوكه ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ١٨٣/٦ . وأخرجه عن ابن عمر ، عبد الرزاق ، فى : باب من أعتق بعض عبده ، من كتاب المدبر . المصنف ١٤٨/٩ .

(٢) فى الاستذكار ١٢٦/٢٣ .

(٣) فى الأصل : « قيمة العبد » .

الشرح الكبير

جَمِيعُ الْعَبْدِ »[1] . وإذا أُعْتِقَ عليه[2] نَصِيبُ شَرِيكِه ، كان تَنْبيهًا على عِتْقِ جَميعِه إذا كان كُلُّه مِلْكًا له . وقال النبيُّ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ مِنْ مَمْلُوكٍ فَهُوَ حُرٌّ مِنْ مَالِهِ »[3] . ولأنَّه إزالةُ مِلْكٍ عن بَعْضِ مَمْلُوكِه الآدَمِيِّ ، فزالَ عنه جَميعُه ، كالطَّلاقِ . ويفارِقُ البَيْعَ ؛ فإنَّه لا يحتاجُ إلى السِّعايَةِ ، ولا يُبْنَى على التَّغْليبِ والسِّرايةِ . إذا ثَبَت هذا ، فلا فَرْقَ بينَ أن يُعْتِقَ جُزءًا كَبيرًا ، كنِصْفِه ، أو ثُلُثِه ، أو صغيرًا ، كعُشْرِه ، أو[4] عُشْرِ عُشْرِه . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا بينَ القَائِلِين بسِرايَةِ العِتْقِ إذا كان مُشاعًا .

فصل : فإن أعْتَقَ جُزْءًا مُعَيَّنًا[5] ؛ كرَأْسِه ، أو يَدِه ، أو إصْبَعِه ، عَتَق كُلُّه أيضًا . وبهذا قال قتادةُ ، [٦/٦ و] والشافعيُّ ، وإسحاقُ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : إن أعْتَقَ رَأْسَه ، أو ظَهْرَه ، أو بَدَنَه ، أو بَطْنَه ، أو جَسَدَه ، أو نَفْسَه ، أو فَرْجَه ، عَتَق كُلُّه ؛ لأنَّ حَياتَه لا تَبْقَى بدُونِ ذلك ،

الإنصاف ....

(١) تقدم تخريجه فى ٢٥٩/١٥ .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل ، من كتاب الشركة ، وفى : باب إذا أعتق نصيبا فى عبد وليس له مال ... من كتاب العتق . صحيح البخارى ١٨٢/٣ ، ١٩٠ . ومسلم ، فى : باب من أعتق شركا له فى عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٧/٣ . وأبو داود ، فى : باب من ذكر السعاية فى هذا الحديث ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٤٩/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٩٤/٦ . وابن ماجه ، فى : باب من أعتق شركا له فى عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٤/٢ .
(٤) فى الأصل : « و » .
(٥) فى الأصل : « مشاعا » .

المقنع

وَإِنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِى عَبْدٍ ، وَهُوَ مُوسِرٌ بِقِيمَةِ بَاقِيهِ ، عَتَقَ كُلُّهُ ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ بَاقِيهِ يَوْمَ الْعِتْقِ لِشَرِيكِهِ .

الشرح الكبير

وإن أعْتَقَ يَدَه ، أو عُضوًا تَبْقَى حياتُه بدُونِها لم يَعْتِقْ ؛ لأنه يُمْكِنُ إزالةُ ذلك مع بَقائِه ، فلم يَعْتِقْ ، كإعْتاقِه شَعَرَه (١)وسِنَّه(١) . ولَنا ، أنَّه أعْتَقَ عُضوًا مِن أعْضائِه ، فعَتَقَ جَميعُه ، كرأْسِه . فأمّا إذا أعْتَقَ شَعَرَه ، أو سِنَّه ، أو ظُفْرَه ، لم يَعْتِقْ . وقال قتادةُ ، واللَّيْثُ ، فى الرَّجُلِ يُعْتِقُ ظُفْرَ عَبْدِه : يَعْتِقُ كُلُّه ؛ لأنه مِن أجْزائِه ، أشْبَهَ إصْبَعَه . ولَنا ، أنَّ هذه الأشْياءَ تَزُولُ ، ويَخْرُجُ غيرُها ، فأشْبَهَتِ الشَّعَرَ ، والرِّيقَ . وسَنذْكُرُ ذلك فى الطَّلاقِ ، والعِتْقُ مِثْلُه .

٢٩٢١ – مسألة : (وإن أعْتَقَ شِرْكًا له فى عَبْدٍ ، وهو مُوسِرٌ بقِيمَةِ باقِيه ، عَتَقَ كُلُّه ، وعليه قِيمَةُ باقِيه يَوْمَ العِتْقِ لشريكِه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الشَّرِيكَ إذا أعْتَقَ نَصِيبَه مِن العَبْدِ عَتَقَ عليه . لا نَعْلَمُ فيه خلافًا ؛ لِما

الإنصاف

قوله : وإنْ أَعْتَقَ شِرْكًا له فى عَبْدٍ ، وهو مُوسِرٌ بقيمَةِ باقِيه ، عتَق كُلُّه . بلا نِزاعٍ مِن حيثُ الجُمْلَةُ . لكِنْ لو كان مُوسِرًا ببعضِه ، فإنَّه يَعْتِقُ منه بقَدْرِ ما هو مُوسِرٌ به . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقيل : لا يَعْتِقُ منه إلَّا حِصَّتُه فقط . وتقدَّم ذلك قريبًا ، فَلْيُعاوَدْ . وتقدَّم أيضًا ، هل يُوقَفُ العِتْقُ على أداءِ القِيمَةِ أمْ لا ؟ .

قوله : وعليه قِيمَةُ باقِيهِ يَوْمَ العِتقِ لشَرِيكِه . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ

(١ – ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

ذَكَرْنا مِن الأثَرِ ، وإذا عَتَق نَصِيبُه سَرَى العِتْقُ إلى جَمِيعِه ، فصار جَميعُه حُرًّا ، وعلى المُعْتِقِ قِيمَةُ أنْصِباءِ شُرَكائِه ، والولاءُ له . هذا قولُ مالكٍ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ ، وأبى يُوسُفَ ، ومحمدٍ ، وإسحاقَ . وقال البَتِّىُّ : لا يَعْتِقُ إلَّا حِصَّةُ المُعْتِقِ ، ونَصِيبُ الباقِينَ باقٍ على الرِّقِّ ، ولا شىءَ على المُعْتِقِ ؛ لِما رَوَى ابنُ[1] التَّلِبِّ ، عن أبيهِ ، أنَّ رجلًا أعْتَقَ شِقْصًا له فى مَمْلُوكٍ ، فلم يُضَمِّنْه النبىُّ ﷺ . رَواه الإمامُ أحمدُ[2] . ولأنَّه لو باع نَصِيبَه لاخْتَصَّ البَيْعُ به ، فكذلِك العِتْقُ ، إلَّا أن تكونَ جَارِيةً نَفِيسَةً يُغالَى فيها ، فيكونُ ذلك بمَنْزِلَةِ الجِنايَةِ مِن المُعْتِقِ ؛ للضَّرَرِ الذى أدْخَلَه على شَرِيكِه . وقال أبو حنيفةَ : لا يَعْتِقُ إلَّا حِصَّةُ المُعْتِقِ ، ولشَرِيكِه الخِيارُ فى ثَلاثةِ أشْياءَ ؛ إن شاء أعْتَقَ ، وإن شاء اسْتَسْعَى العَبْدَ ، وإن شاء ضَمَّنَ شريكَه ، فيَعْتِقُ حِينَئِذٍ . ولَنا ، الحديثُ الذى رَوَيْناه ، وهو صحيحٌ ، مُتَّفَقٌ عليه[3] ، ورَواه مالكٌ فى

الإنصاف

الأصحابِ ، وقطَع به أكثرُهم ، ونصَّ عليه . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المَعْروفُ المَشْهورُ . وفى « الإرْشادِ » وَجْهٌ ، أنَّ عليه قِيمَتَه يوْمَ تَقْوِيمِه . وحكاه الشِّيرازِىُّ أيضًا . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو قِياسُ القَوْلِ الذى لَنا فى الغَصْبِ . وكذا الحُكْمُ لو عتَق عليه كُلُّه .

---

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه أبو داود من طريق الإمام أحمد ، فى : باب من روى أنه لا يستسعى ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/٣٥٠ . ولم نجده فى المسند .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٥/٢٥٩ .

الشرح الكبير

مُوَطَّئِه[1] ، عن نافعٍ ، عن ابنِ عُمَرَ . فأثْبَتَ النبيُّ ﷺ العِتْقَ فى جَميعِه ، وأوْجَبَ قِيمَةَ نَصيبِ شَريكِ[2] المُعْتِقِ عليه ، ولم يَجْعَلْ له خِيَرَةً ولا لغيرِه . وروَى قتادةُ ، عن أبى المَليحِ ، عن أبيه ، أنَّ رجلًا مِن قَوْمِه أعْتَقَ شِقْصًا له فى مَمْلُوكٍ ، فرُفِعَ ذلك إلى النبىِّ ﷺ ، فجعَلَ خَلاصَه عليه فى مالِه ، وقال : « لَيْسَ للهِ شَرِيكٌ »[3] . قال أبو عبدِ اللهِ : الصحيحُ أنَّه عن أبى المَلِيحِ عن النبىِّ ﷺ مُرْسَلٌ ، وليس فيه عن أبيه . هذا مَعْنَى كلامِه . وقولُ البَتِّىِّ شاذٌّ يُخَالِفُ الأخْبارَ كُلَّها ، فلا يُعَوَّلُ عليه . وحديثُ التَّلِبِّ يتَعَيَّنُ حَمْلُه على المُعْسِرِ ، جمعًا بينَ الأحاديثِ . وقياسُ العتقِ على البيعِ لا يصِحُّ ؛ فإنَّ البيعَ لا يَسرى فيما إذا كان العبدُ كُلُّه له ، والعِتْقُ يَسْرِى ، فإنَّه لو باعَ نِصْفَ عَبْدِه لم يَسْرِ ، ولو أعْتَقَه عَتَق كُلُّه . إذا ثَبت هذا ، [٦/٦ ظ] فإنَّ ولاءَه يكونُ له ؛ لأنَّه عَتَق بإعْتاقِه مِن مالِه ، ولا خِلافَ فى هذا عندَ مَن يَرَى عِتْقَه عليه .

الإنصاف

فائدة : لو عُدِمَتِ البَيِّنَةُ بقِيمَتِه ، فالقَوْلُ قوْلُ المُعْتِقِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، وغيرُهم مِنَ الأصحابِ . وقال فى « الفائقِ » : ويُقْبَلُ فيها قوْلُ الشَّريكِ مع عدَمِ البَيِّنَةِ . فَلَعَلَّه سَبْقَةُ قَلَمٍ .

---

(١) فى : باب من أعتق شركا له فى مملوك ، من كتاب العتق والولاء . الموطأ ٢/٧٧٢ .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب من أعتق نصيبا له من مملوك ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/٣٤٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٧٤ ، ٧٥ .

المقنع وَإِنْ أَعْتَقَهُ شَرِيكُهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ فِيهِ عِتْقٌ .

الشرح الكبير **فصل** : ولا فَرْقَ فى هذا بينَ أن يكونَ الشُّركاءُ مسلمين أو كافرين ، أو بعضُهم مسلمًا وبعضُهم كافرًا ، ذَكَرَه القاضى . وهو قولُ الشافعىِّ . وذَكَر أبو الخَطَّابِ فى الكافرِ وَجْهًا أنَّه إذا أعْتَقَ نَصِيبَه مِن مُسْلِمٍ ، أنه لا يَسْرِى إلى باقِيه ، ولا يُقَوَّمُ عليه ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ شِراءُ الكافِرِ عبدًا مسلمًا . ولَنا ، عُمُومُ الخَبَرِ ، ولأنَّ ذلك ثَبَت لإِزالَةِ الضَّرَرِ ، فاسْتَوَى فيه المسلمُ والكافرُ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، والغَرَضُ هٰهُنا تَكْمِيلُ العِتْقِ ودَفْعُ الضَّرَرِ عن الشَّرِيكِ دُونَ التمْليكِ ، بخِلافِ الشِّراءِ ، ولو قُدِّرَ أنَّ هٰهُنا تمْلِيكًا ، لكان تَقْديرًا فى أدْنَى زمانٍ ، حَصَل ضَرُورَةَ تحْصيلِ العِتْقِ ، لا ضَرَرَ فيه ، فإن قُدِّرَ فيه ضَرَرٌ ، فهو مَغْمُورٌ بالنِّسْبَةِ إلى ما يَحْصُلُ مِن العِتْقِ ، فوُجُودُه كالعَدَمِ . وقياسُ هذا على الشِّراءِ غيرُ صحيحٍ ؛ لِما بينَهما مِن الفَرْقِ .

٢٩٢٢ – مسألة : (فإن أعْتَقَه الشَّرِيكُ بَعْدَ ذلك) وقبلَ أخْذِ القِيمَةِ (لم يَثْبُتْ له فيه عِتْقٌ) لأنَّه قد صار حُرًّا بعِتْقِ الأوَّلِ له ؛ لأنَّ عِتْقَه حَصَل باللَّفْظِ ، لا بدَفْعِ القِيمَةِ ، وصار جميعُه حُرًّا ، واسْتَقرَّتِ القِيمَةُ على المُعْتِقِ الأوَّلِ ، فلا يَعْتِقُ بعدَ ذلك بعِتْقِ غيرِه . وبهذا قال ابنُ شُبْرُمَةَ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ ، والشافعىُّ فى قولٍ له ، اخْتارَه المُزَنِىُّ . وقال الزُّهْرِىُّ ، وعمرُو ابنُ دينارٍ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ فى قولٍ : لا يَعْتِقُ إلَّا بدَفْعِ القِيمَةِ ، ويكونُ قَبْلَ ذلك مِلْكًا لصاحِبِه ، يَنْفُذُ عِتْقُه فيه ، ولا يَنْفُذُ تَصَرُّفُه فيه بغيرِ العِتْقِ .

الإنصاف ....

الشرح الكبير

واحتجُّوا بقولِ النبيِّ ﷺ : « قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ ، (١ فأُعْطِى شُرَكَاؤُه حِصَصَهم وعَتَق جَمِيعُ العَبْدِ »(٢) . وفى لفظٍ لأبى داودَ : « فإن كان مُوسِرًا يُقَوَّمُ عليه قِيمَةَ عَدْلٍ ١) ، لا وَكْسَ ولا شَطَطَ ، ثمَّ يَعْتِقُ » . فجَعَلَه عتيقًا بعدَ دَفْعِ القِيمَةِ . ولأنَّ العِتْقَ إذا ثَبَت بعِوَضٍ وَرَد الشَّرْعُ به مُطْلَقًا ، لم يَعْتِقْ إلَّا بالأداءِ ، كالمُكاتَبِ . وللشافعيِّ قَوْلٌ ثالِثٌ ، أنَّ العِتْقَ مُراعًى ، فإن دَفَع القِيمَةَ تَبَيَّنَّا أنَّ العِتْقَ كان حَصَل مِن حِينَ أعْتَقَ نصيبَه ، وإن لم يَدْفَعِ القِيمَةَ تَبَيَّنَّا أنَّه لم يَكُنْ عَتَق ؛ لأنَّ فيه احْتِياطًا لهما جميعًا . ولَنا ، حديثُ ابنِ عُمَرَ ، فإنَّه رُوِىَ بألفاظٍ مُخْتَلِفَةٍ تَجْتَمِعُ فى الدَّلالَةِ على الحُرِّيَّةِ باللَّفْظِ ، فرَوَى أيُّوبُ(٣) ، عن نافعٍ ، عن ابنِ عُمَرَ ، أنَّ النبيَّ ﷺ ، قال : « مَنْ أعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فى عَبْدٍ ، فكَانَ له مَالٌ يَبْلُغُ ثَمنَه بقِيمَةِ العَدْلِ ، فَهُوَ عَتِيقٌ » . رواه أبو دَاوُدَ ، والنَّسائىُّ . وفى لَفظٍ رَواه ابنُ أبى مُلَيْكَةَ ، عن نافِعٍ ، عن ابنِ عُمَرَ : « فكَانَ لَهُ مَالٌ ، فَقَدْ عَتَقَ كُلُّهُ » . وفى رِوايَةِ ابنِ أبى ذِئْبٍ ، عن نافعٍ ، عن ابن عُمَرَ : « وكَانَ لِلَّذِى يُعْتِقُ ما يَبْلُغُ ثَمَنَهُ بقِيمَةِ العَدْلِ ، فهُوَ(٤) يَعْتِقُ كُلُّه » . وروَى أبو داودَ(٥) بإسنادِه عن أبى هُرَيْرَةَ ، قال : [٦/٧ و] قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ أعْتَقَ شِقْصًا فى

الإنصاف ....

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) هو الحديث المتقدم . وقد تقدم تخريج هذه الألفاظ عند أبى داود .

(٣) فى م : « أبو أيوب » .

(٤) سقط من : م .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٢ ، وهذا لفظ مسلم وليس لفظ أبى داود .

الشرح الكبير

مَمْلُوكٍ فَهُوَ حُرٌّ مِنْ مَالِه » . وهذه نُصوصٌ فى مَحَلِّ النِّزاعِ ، فإنَّه جَعَلَه حُرًّا وعَتِيقًا بإعْتاقِه ، مَشْرُوطًا بكَوْنِه مُوسِرًا . ولأنَّه عِتْقٌ[1] بالسِّرايَةِ ، فكانت حاصِلَةً مِن لَفْظِه عَقِيبَه ، كما لو أعْتَقَ جُزْءًا مِن عَبْدِه ، ولأنَّ القِيمَةَ مُعْتَبَرَةٌ وَقْتَ الإعْتاقِ . ولا يَنْفُذُ تَصَرُّفُ الشَّرِيكِ فيه بغيرِ الإعْتاقِ . وعندَ الشافعىِّ ، لا يَنْفُذُ بالإعْتاقِ أيضًا ، فدَلَّ على أنَّ العِتْقَ حَصَل فيه بالإعْتاقِ الأوَّلِ . فأمّا حديثُهم ، فلا حُجَّةَ لهم فيه ، فإنَّ « الواو » لا تَقْتَضِى تَرْتِيبًا ، وأمّا العَطْفُ بـ « ثُم » فى اللَّفْظِ الآخَرِ ، فلم يُرِدْ بها التَّرْتِيبَ ، فإنَّها قد تَرِدُ لغَيْرِ التَّرْتيبِ ، كقَوْلِه تعالى : ﴿ ثُمَّ ٱللَّهُ شَهِيدٌ عَلَىٰ مَا يَفْعَلُونَ ﴾[2] . فأمّا العِوَضُ ، فإنَّما وَجَب عَنِ المُتْلَفِ بالإعْتاقِ ، بدَلِيلِ اعْتِبارِه بقِيمَتِه حينَ الإعْتاقِ وعَدَمِ اعْتِبارِ التَّراضِى فيه ، ووُجُوبِ القِيمَةِ مِن غَيْرِ وَكْسٍ ولا شَطَطٍ ، بخِلافِ الكِتابَةِ . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ الشَّرِيكَ إذا أعْتَقَه بعدَ عِتْقِ الأوَّلِ وقَبْلَ أخْذِ القِيمَةِ لم يَثْبُتْ له فيه عِتْقٌ ، ولا له عليه وَلاءٌ ، ووَلاؤُه كُلُّه للمُعْتِقِ الأوَّلِ ، وعليه القِيمَةُ ؛ لأنَّه قد صار حُرًّا بإعْتاقِه . وعندَ مالكٍ ، يكونُ وَلاؤُه بَيْنَهما على قَدْرِ مِلْكَيْهما فيه ، ولا شىءَ على المُعْتِقِ الأوَّلِ مِن القِيمَةِ ، ولو أنَّ المُعْتِقَ الأوَّلَ لم يُؤَدِّ القِيمَةَ حتى أفْلَسَ ، عَتَق العَبْدُ ، وكانتِ القِيمَةُ فى ذِمَّتِه دَيْنًا ، يُزاحِمُ بها الشَّرِيكُ عندَنا . وعندَ مالكٍ ، لا يَعْتِقُ منه إلَّا ما عَتَق . ولو كان المُعْتَقُ جارِيَةً حامِلًا ، فلم يُؤَدِّ

الإنصاف ....

(1) فى م : « عتيق » .

(2) سورة يونس ٤٦ .

الشرح الكبير

القِيمَةَ حتى وَضَعَتْ حَمْلَها ، فليس على المُعْتِقِ إلَّا قِيمَتُها حينَ أعْتَقَها ؛ لأنَّه حينَئِذٍ حَرَّرَها . وعندَ مالكٍ ، يُقَوَّمُ وَلَدُها أيضًا ، ولو تَلِف[1] العَبْدُ قبلَ أداءِ القِيمَةِ ، تَلِف حُرًّا ، والقِيمَةُ على المُعْتِقِ ؛ لأنه فَوَّتَ رِقَّه . وعندَ مالكٍ ، لا شئَ على المُعْتِقِ ، وما لم يُقَوَّمْ ويُحْكَمْ بقِيمَتِه ، فهو فى جَمِيعِ أحْكامِه عَبْدٌ .

فصل : والقِيمَةُ مُعْتَبَرَةٌ حينَ اللَّفْظِ بالعِتْقِ ؛ لأنَّه حينُ الإتْلافِ . وهو قولُ الشافعيِّ على أقوالِه كُلِّها . فإنِ اخْتَلَفا فى قَدْرِها[2] ، رُجِع إلى قولِ المُقَوِّمِين . فإن كان العَبْدُ قد مات أو غاب ، أو تأَخَّرَ تَقْويمُه زَمَنًا تَخْتَلِفُ فيه القِيمُ ، ولم تكُنْ بَيِّنَةٌ ، فالقَوْلُ قولُ المُعْتِقِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ للزِّيادَةِ ، والأصْلُ بَراءَةُ ذِمَّتِه منها . وهذا أحَدُ قَوْلَىِ الشافعيِّ . فإنِ اخْتَلَفا فى صِناعَةٍ فى العَبْدِ توجبُ زيادَةَ[3] القِيمَةِ ، فالقَوْلُ قولُ المُعْتِقِ ؛ لذلك ، إلَّا أن يكونَ العَبْدُ يُحْسِنُ الصِّناعَةَ فى الحالِ ، ولم يَمْضِ زَمَنٌ يُمْكِنُ تَعَلُّمُها فيه ، فيكونَ القَوْلُ قَوْلَ الشَّرِيكِ ؛ لعِلْمِنا بصِدْقِه ، وإن مَضَى زَمَنٌ يُمْكِنُ حُدُوثُها فيه ، ففيه وجهان ؛ أحَدُهما ، القَوْلُ قولُ المُعْتِقِ ؛ لأنَّ الأصْلَ بَراءَةُ ذِمَّتِه . والثانى ، القَوْلُ قولُ الشَّرِيكِ ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاءُ ما كان وعَدَمُ الحُدُوثِ . وإنِ اخْتَلَفَا فى عَيْبٍ يَنْقُصُ قِيمَتَه ؛ كسَرِقَةٍ ، أوْ إباقٍ ، فالقَوْلُ

الإنصاف ....

(١) فى م : « أتلف » .

(٢) فى م : « قدره » .

(٣) بعده فى م : « فى » .

الشرح الكبير

قولُ الشَّرِيكِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ السَّلامَةُ ، فبالجِهَةِ التى رَجَّحْنا قولَ المُعْتِقِ فى نَفْىِ الصِّناعَةِ ، يُرَجَّحُ قولُ الشَّرِيكِ فى نَفْىِ [٦/٧ ظ] العَيْبِ . وإن كان العَيْبُ فيه حالَ الاخْتِلافِ ، واخْتَلَفا فى حُدُوثِه ، فالقَوْلُ قولُ المُعْتِقِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَراءَةُ ذِمَّتِه وبَقاءُ ما كان على ما كان وعَدَمُ حُدُوثِ العَيْبِ فيه . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ القَوْلُ قَولَ الشَّرِيكِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَراءَتُه مِن العَيْبِ حينَ الإِعْتاقِ .

فصل : والمُعْتَبَرُ فى اليسارِ فى هذا أن يكونَ له فَضْلٌ عن قُوتِ يومِه ولَيْلَتِه ، وما يَحْتاجُ إليه مِن حَوائِجِه الأَصْلِيَّةِ ؛ مِن الكِسْوَةِ ، (١)والمسكنِ(١) ، وسائِرِ ما لا بُدَّ منه ، ما يَدْفَعُه إلى شَرِيكِه . ذَكَرَه أبو بكرٍ ، فى « التَّنْبِيهِ » . وإن وُجِد بعضُ ما يَفِى بالقِيمَةِ ، قُوِّمَ عليه قَدْرُ ما يَمْلِكُه(٢) منه . ذَكَرَه أحمدُ ، فى روايَةِ ابنِ منصورٍ . وهو قولُ مالكٍ . وقال أحمدُ : لا تُباعُ فيه دارٌ ولا رِباعٌ . ومُقْتَضَى هذا أن لا يُباعَ له أَصْلُ مالٍ . وقال مالكٌ ، والشافعىُّ : يُباعُ عليه سِوارُ بَيْتِه ، وما له بالٌ مِن كِسْوَتِه ، ويُقْضَى عليه فى ذلك كما يُقْضَى عليه فى سائِرِ الدَّعاوَى . والمُعْتَبَرُ فى ذلك حالُ تَلَفُّظِه بالعِتْقِ ؛ لأنَّه حالُ الوجُوبِ ، فإن أَيْسَرَ المُعْسِرُ بعدَ ذلك لم يَسْرِ إعْتاقُه ، وإن أَعْسَرَ المُوسِرُ لم يَسْقُطْ ما وَجَب عليه ؛ لأنَّه وَجَب عليه ، فلم (٣)يَسْقُطْ بإعْسارِه(٣) ، كدَيْنِ الإِتْلافِ . نَصَّ عليه أحمدُ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فى م : « يمكنه » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « يسقطه اعتباره » .

المقنع

وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا لَمْ يَعْتِقْ إِلَّا نَصِيبُهُ ، وَيَبْقَى حَقُّ شَرِيكِهِ فِيهِ . وَعَنْهُ ، يَعْتِقُ كُلُّهُ ، وَيُسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيمَةِ بَاقِيهِ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

٢٩٢٣ - مسألة : (وإن كان مُعْسِرًا لم يَعْتِقْ إلَّا نصِيبُه ، وبَقِيَ حَقُّ شَرِيكِه فيه . وعنه ، يَعْتِقُ كُلُّه ، ويُسْتَسْعَى العَبْدُ فى قِيمَةِ باقِيه غيرَ مَشْقُوقٍ عليه) ظاهِرُ المَذْهَبِ أنَّ المُعْسِرَ إذا أعْتَقَ نَصِيبَه مِن العَبْدِ ، اسْتَقَرَّ فيه العِتْقُ ، ولم يَسْرِ إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ، بل يَبْقَى على الرِّقِّ ، فإذا أعْتَقَ شَرِيكُه ، عَتَق عليه نَصِيبُه . وهذا قولُ إسحاقَ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وداودَ ، وابنِ جريرٍ . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، على ما بَيَّنَّاه فيما مَضَى . ورُوِىَ عن عُرْوَةَ ، أنَّه اشْتَرَى عَبْدًا أُعْتِقَ نِصفُه ، فكان عُرْوَةُ يُشاهِرُه ؛ شَهْرَ عَبْدٍ وشَهْرَ حُرٍّ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّ المُعْتِقَ إذا أعْتَقَ نَصِيبَه اسْتُسْعِىَ العَبْدُ فى قِيمَةِ باقِيه حتى يُؤَدِّيَها ، فيَعْتِقَ . وهو قولُ ابنِ شُبْرُمَةَ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، والأوْزاعِىِّ ، وأبى يُوسُفَ ، ومحمدٍ ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي مَمْلُوكٍ ، فَعَلَيْهِ أنْ يُعْتِقَهُ كُلَّهُ إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، وإلَّا اسْتُسْعِىَ العَبْدُ غيرَ

الإنصاف

قوله : وإنْ كان مُعْسِرًا لم يَعْتِقْ إلَّا نَصِيبُه ، ويَبْقَى حَقُّ شَرِيكِه فيه . وهذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وعنه ، يَعْتِقُ كُلُّه ، ويُسْتَسْعَى العَبْدُ فى قِيمَةِ باقِيه غيرَ مَشْقُوقٍ عليه . وتقدَّم ذلك كُلُّه وأحْكامُه وفرُوعُه ، والخِلافُ فيه ، وما يتعلَّقُ بذلك مِنَ الفُروعِ قريبًا عندَ قوْلِه : وإنْ ملَك سَهْمًا ممَّن يَعْتِقُ عليه . فإنَّ الحُكْمَ هنا وهناك واحِدٌ عندَ الأصحابِ ، فلا حاجَةَ إلى إعادَتِه .

الشرح الكبير

مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ » . مُتَّفَقٌ عليه ، ورَواه أبو داودَ[1] . قال ابنُ أبى لَيْلَى ، وابنُ شُبْرُمَةَ : فإذا اسْتُسْعِىَ فى نِصْفِ قِيمَتِه ، ثم أيْسَرَ مُعْتِقُه ، رَجَع عليه بنِصْفِ القِيمَةِ ؛ لأنَّه هو ألْجأه إلى هذا وكَلَّفَه إيّاه . وعن أبى يُوسُفَ ، ومحمدٍ ، أنَّهما قالا : يَعْتِقُ جَمِيعُه ، وتكونُ قِيمَةُ نَصيبِ الشَّرِيكِ فى ذِمَّتِه ؛ لأنَّ العِتْقَ لا يَتَبَعَّضُ ، فإذا وُجِد فى البَعْضِ سَرَى إلى جَمِيعِه ، كالطَّلاقِ ، وتَلْزَمُ المُعْتِقَ القِيمَةُ ؛ لأنَّه المُتْلِفُ لنَصِيبِ صاحِبِه بإعْتاقِه ، فوجَبَتْ قِيمَتُه فى ذِمَّتِه ، كما لو أتْلَفَه . وقال أبو حنيفةَ : لا يَسْرِى فيه العِتْقُ ، وإنَّما يُسْتَحَقُّ به إعْتاقُ النَّصِيبِ الباقِى ، فيُخَيَّرُ شَرِيكُه بينَ إعْتاقِ نَصِيبِه ، ويكونُ الوَلاءُ بَيْنَهما ، وبينَ أن يُسْتَسْعَى العَبْدُ فى قِيمَةِ نَصِيبِه فإذا [٨/٦ و] أدّاه إليه عَتَق ، والوَلاءُ بَيْنَهما . ولَنا ، حَدِيثُ ابنِ عُمَرَ[2] ، وهو حديثٌ[3] صحيحٌ ثابتٌ عندَ جَميعِ العُلَماءِ بالحَدِيثِ ، ولأنَّ الاسْتِسْعاءَ إعْتاقٌ بعِوَضٍ ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كالكِتابَةِ ، ولأنَّ فى الاسْتِسْعاءِ إضرارًا بالشَّرِيكِ

الإنصاف

تنبيه : يأْتِى قريبًا ؛ إذا أَعْتَقَ الكافِرُ نَصِيبَه مِن مُسْلِمٍ ، هل يَسْرِى أمْ لا ؟

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب تقويم الأشياء بين الشركاء ... ، وباب الشركة فى الرقيق ، من كتاب الشركة ، وفى : باب إذا أعتق نصيبا فى عبد ... ، من كتاب العتق . صحيح البخارى ٣/١٨٢ ، ١٨٥ ، ١٩٠ . ومسلم ، فى : باب ذكر سعاية العبد ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢/١١٤١ . وأبو داود ، فى : باب من ذكر السعاية فى هذا الحديث ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/٣٤٩ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من أعتق شركا له فى عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/٨٤٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٥٥ ، ٤٢٦ ، ٤٧٢ .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٥/٢٥٩ . وتقدم فى صفحات ٤٤ ، ٤٥ .

(٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

والعَبْدِ ؛ أمّا الشَّرِيكُ فإنّا نُحيلُه على سِعايَةٍ قد لا يَحْصُلُ منها[1] شيءٌ أصْلًا ، وإن حَصَل ، فالظّاهِرُ أنَّه يكون مُتَفرِّقًا ، ويَفُوتُ عليه مِلْكُه . وأمّا العَبْدُ ، فإنّه يُجْبِرُه على سِعايَةٍ لم يُرِدْها وكَسْبٍ لم يَخْتَرْه ، وهذا ضَرَرٌ فى حَقِّهما ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إضْرَارَ[2] » . وقال سليمانُ بنُ حَرْبٍ : أليس أُلْزِمَ[3] المُعْتِقُ ثَمَنَ ما بَقِىَ مِن العَبْدِ ؛ لئَلَّا يَدْخُلَ على شَرِيكِه ضَرَرٌ ، فإذا أمَرُوه بالسَّعْىِ ، وإعْطائِه كُلَّ شهرٍ دِرْهَمَيْن ، ولم يَقْدِرْ على تَمَلُّكِه ، فأىُّ ضَرَرٍ أعْظَمُ مِن ذلك !. فأمّا حديثُ الاسْتِسْعاءِ ، فقال الأثْرَمُ : ذَكَرَه سليمانُ بنُ حَرْبٍ ، فطَعَنَ فيه وضَعَّفَه . وقال أبو عبدِ اللهِ : ليس فى الاسْتِسْعاءِ ثَبَت عن النبىِّ ﷺ ، حَدِيثُ أبى هريرةَ يَرْوِيه ابنُ أبى عَرُوبَةَ ، وأمّا شُعْبَةُ[4] ، وهشامٌ الدَّسْتُوائِىُّ فلم يَذْكُراه[5] . وحدَّث به مَعْمَرٌ ، ولم يَذْكُرْ فيه السِّعايَةَ . قال أبو داودَ : وهَمّامٌ أيضًا لا يقُولُه . قال المَرُّوذِىُّ : وضَعَّفَ أبو عبدِ اللهِ حديثَ سعيدٍ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : لا يَصِحُّ حديثُ الاسْتِسْعاءِ . وذَكَر هَمّامٌ أنَّ ذِكْرَ الاسْتِسْعاءِ مِن فُتْيا قَتادَةَ ، وفَرَّقَ بينَ الكلامِ الذى هو مِن قولِ رسولِ اللهِ

(١) فى الأصل : « منهما » .
(٢) فى م : « ضرار » .
والحديث تقدم تخريجه فى ٦/٣٦٨ .
(٣) فى الأصل : « له إلزام » .
(٤) فى الأصل : « سعيد » .
(٥) فى النسخ : « يذكره » . وانظر المغنى ١٤/٣٥٩ .

الشرح الكبير ﷺ وقولِ قَتادَةَ . قال بعدَ ذلك : فكان قَتادَةُ يقولُ : إن لم يَكُنْ له مَالٌ اسْتُسْعِيَ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ(١) : حديثُ أبى هُرَيْرَةَ يَدورُ على قَتادَةَ ، وقد اتَّفَقَ شُعْبَةُ وهِشامٌ وهَمّامٌ على تَرْكِ ذِكْرِه ، وهم الحُجَّةُ فى قَتادَةَ ، والقولُ قَوْلُهم فيه عندَ جميعِ أهلِ العلمِ بالحديثِ(٢) إذا خالَفَهم غيرُهم . فأمّا قولُ أبى حنيفةَ ، وقولُ صاحِبَيْه الأخيرُ ، فلا شىءَ معهم يَحْتَجُّون به مِن حديثٍ قَوِىٍّ ولا ضَعيفٍ ، بل هو مُجَرَّدُ رَأْىٍ وتَحَكُّمٍ يُخالِفُ الحَدِيثَيْن جَميعًا . قال ابنُ عبدِ البَرِّ(٣) : لم يَقُلْ أبو حنيفةَ وزُفَرُ بحديثِ ابنِ عُمَرَ ، ولا بحديثِ أبى هُرَيْرَةَ على وَجْهِه . وكلُّ قولٍ خالَفَ السُّنَّةَ ، فمَرْدُودٌ على قائِلِه . واللهُ المُسْتَعانُ(٤) .

فصل : وإذا قُلْنا بالسِّعايَةِ ، احْتَمَلَ أن يَعْتِقَ كُلُّه وتكونَ القِيمَةُ فى ذِمَّةِ العَبْدِ دَيْنًا يَسْعَى فى أدائِها ، وتكونَ أحْكامُه أحكامَ الأحْرارِ ، فإن مات وفى يَدِه مالٌ ، كان لسَيِّدِه بَقِيَّةُ السِّعايَةِ ، وباقِى مالِه مَوْرُوثٌ ، ولا يَرْجِعُ العَبْدُ على أحَدٍ . وهو قولُ أبى يُوسُفَ ، ومحمدٍ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَعْتِقَ حتى يُؤَدِّىَ السِّعايَةَ ، فيكونَ حُكْمُه قبلَ أدائِها حُكْمَ مَن بَعْضُه رَقِيقٌ ، إن مات فللشَّريكِ الذى لم يَعْتِقْ مِن مالِه مِثْلُ ما يكونُ له ، على قولِ مَن لم يَقُلْ بالسِّعايَةِ ؛ لأنَّه إعْتاقٌ بأداءِ مالٍ ، فلم يَعْتِقْ قبلَ أدائِه ، كالمُكاتَبِ . وقال

(١) فى : التمهيد ٢٧٦/١٤ ، والاستذكار ١٢٠/٢٣ .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى : الاستذكار ١٢٤/٢٣ .

(٤) أورد ابن حجر أحاديث الاستسعاء وطرقها وكلام العلماء عليها بتفصيل . فتح البارى ١٥٦/٥ - ١٦٠ .

المقنع

وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ لِثَلَاثَةٍ ؛ لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهُ ، وَلِآخَرَ ثُلُثُهُ ، وَلِثَالِثٍ سُدْسُهُ ، فَأَعْتَقَ صَاحِبُ النِّصْفِ وَصَاحِبُ السُّدْسِ مَعًا وَهُمَا مُوسِرَانِ ، عَتَقَ عَلَيْهِمَا وَضَمِنَا حَقَّ شَرِيكِهِمَا فِيهِ نِصْفَيْنِ ، وَصَارَ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَضْمَنَاهُ عَلَى قَدْرِ [١٩٢و] مِلْكَيْهِمَا فِيهِ .

الشرح الكبير

ابنُ أبى لَيْلَى ، وابنُ شُبْرُمَةَ : يَرْجِعُ العَبْدُ على المُعْتِقِ إذا أيْسَرَ ؛ لأنَّه كَلَّفَه السِّعايَةَ بإعْتاقِه . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ لَزِم العَبْدَ فى مُقابَلَةِ حُرِّيَّتِه ، فلم يَرْجِعْ به على أحَدٍ ، كمالِ الكِتابَةِ ، ولأنَّه لو رَجَع به على السَّيِّدِ ، [٨/٦ ظ] لكانَ هو السَّاعِىَ فى العِوَضِ ، كسائِرِ الحُقوقِ الواجِبَةِ عليه .

٢٩٢٤ – مسألة : (وإذا كان العَبْدُ لثَلاثَةٍ ؛ لأحَدِهم نِصْفُه ، وللآخَرِ ثُلُثُه ، ولثالثٍ سُدْسُه ، فأعْتَقَ صَاحِبُ النِّصْفِ وصاحِبُ السُّدْسِ معًا وهما مُوسِران ، عَتَق عليهما وضَمِنا حَقَّ شَرِيكِهما فيه نِصْفَيْن ، وصار وَلاؤُه بَيْنَهما أثْلاثًا . ويَحْتَمِلُ أن يَضْمَناه على قَدْرِ مِلْكِهما فيه) إذا كان العَبْدُ مُشْتَرَكًا بينَ جماعَةٍ ، فأعْتَقَ اثْنان منهم (١أو أكْثَرُ١) ، وهم مُوسِرُون

الإنصاف

قوله : وإذا كان العَبْدُ لثَلاثَةٍ ؛ لأحَدِهم نِصْفُه ، ولآخَرَ ثُلُثُه ، ولِلثَّالِثِ سُدْسُه ، فأعْتَقَ صاحِبُ النِّصْفِ وصاحِبُ السُّدْسِ مَعًا وهما مُوسِران ، عتَق عليهما وضَمِنَا حَقَّ شَرِيكِهما فيه نِصْفَيْن ، وصارَ وَلاؤُه بينَهما أثْلاثًا . وهذا

(١ – ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

معًا ، سَرَى عِتْقُهم إلى باقِى العَبْدِ ، ويكونُ الضَّمانُ بينَهم على عَدَدِ رُءوسِهم ، يَتساوون فى ضَمانِه ووَلائِه . وبهذا قال الشافعىُّ . ويَحْتَمِلُ أن يُقْسَمَ بينَهم على قَدْرِ أمْلاكِهم . وهو قولُ مالكٍ فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن عنه ؛ لأنَّ السِّرايَةَ حَصَلَتْ[1] بإعْتاقِ مِلْكَيْهما ، وما وَجَب بسَبَبِ المِلْكِ كان على قَدْرِه ، كالنَّفَقَةِ ، واسْتِحْقاقِ الشُّفْعَةِ . ولَنا ، أنَّ عِتْقَ النَّصِيبِ إتْلافٌ لرِقِّ الباقِى ، وقد اشْتَرَكا فيه ، فيَتَساوَيان فى الضَّمانِ ، كما لو جَرَح أحَدُهما جُرْحًا ، والآخَرُ جُرْحَيْن ، فمات بهما ، أو ألْقَى أحَدُهما جُزْءًا مِن النَّجاسَةِ فى ماءٍ[2] وألقى الآخَرُ جُزْأيْن . ويُفارِقُ الشُّفْعَةَ ، فإنَّها تَثْبُتُ لإزالَةِ الضَّرَرِ عن نصيبِ الشَّريكِ الذى لم يَبِعْ ، فكان اسْتِحْقاقُه على قَدْرِ نَصيبِه ، ولأنَّ الضَّمانَ هٰهُنا لدَفْعِ الضَّرَرِ منهما ، وفى الشُّفْعَةِ لدَفْعِ الضَّرَرِ عنهما ، والضَّرَرُ منهما يَسْتَوِيان فى إدْخالِه على الشَّريكِ ، وفى

الإنصاف

المذهبُ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ »، والخِرَقِىُّ، وغيرُهما . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ »، و « المُحَرَّرِ »، و « النَّظْمِ »، و « الفُروعِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو المذهبُ المَجْزومُ به بلا رَيْبٍ . ويحْتَمِلُ أنْ يَضْمَناه على قَدْرِ مِلْكَيْهما فيه . وهو لأبِى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » . وجزَم به فى « المُذْهَبِ » ، إلَّا أنْ تكونَ النُّسْخَةُ مغْلُوطَةً .

---

(١) فى م : « جعلت » .

(٢) فى م : « مائة » .

الشرح الكبير

الشُّفْعَةِ ، ضَرَرُ صاحِبِ النِّصْفِ أعْظَمُ مِن ضَرَرِ صاحِبِ السُّدْسِ ، فاخْتَلَفا . إذا ثَبَت هذا ، كان وَلاؤُه بينَهما أثْلاثًا ؛ لأنَّنا إذا حكَمْنا بأنَّ الثُّلُثَ مُعْتَقٌ عليهما نِصْفَيْن ، فنِصْفُه سُدْسٌ ، إذا ضَمَمْناه إلى النِّصْفِ الذى لأحَدِهما ، صارا[1] ثُلُثَيْن ، وإذا ضَمَمْنا السُّدْسَ الآخَرَ إلى سُدْسِ المُعْتِقِ صارا[1] ثُلُثًا . وعلى الوَجْهِ الآخرِ ، يَصِيرُ الوَلاءُ بينَهما أرْباعًا ؛ لصاحِبِ السُّدْسِ رُبْعُه ، ولصاحِبِ النِّصْفِ ثَلاثَةُ أرْباعِه ، والضَّمانُ كذلك . ويُشْتَرَطُ عِتْقُهما معًا ، بأن يُوَكِّلا مَن يُعْتِقُه عنهما ، أو يوَكِّلَ أحَدُهما الآخَرَ فى عِتْقِ نَصِيبِه ، أو[2] يتلَفَّظا به معًا ؛ لأنَّه لو سَبَقَ أحدُهما صاحِبَه عَتَق عليه جميعُه ، على ما ذَكَرْنا . ويُشْتَرَطُ اليَسارُ أيضًا فيهما ، فإن كان أحدُهما مُوسِرًا وَحْدَه ، قُوِّمَ عليه نصيبُ مَن لم يُعْتِقْ ؛ لأنَّ المُعْسِرَ لا يَسْرِى عِتْقُه ، فيكونُ الضَّمانُ على المُعْسِرِ خاصَّةً ، فإن كان أحَدُهما مُوسِرًا ببَعْضِ ما يَخُصُّه ، قُوِّمَ عليه ذلك القَدْرُ ، وباقِيه على الآخَرِ ، مثلَ أن يَجِدَ صاحِبُ السُّدْسِ قِيمَةَ نِصْفِ السُّدْسِ ، فيُقَوَّمُ عليه ، ويُقَوَّمُ الرُّبْعُ على صاحِبِ النِّصْفِ ، ويَصِيرُ وَلاؤُه بينَهم أرْباعًا ؛ لصاحِبِ السُّدْسِ رُبْعُه ، وباقِيه

الإنصاف

فائدة : يُتَصَوَّرُ عِتْقُهما معًا فى صُوَرٍ ؛ منها ، أنْ يَتَّفِقَ لفْظُهما بالعِتْقِ فى آنٍ واحِدٍ . ومنها ، أنْ يُعَلِّقاه على صِفَةٍ واحدَةٍ . ومنها ، أنْ يُوَكِّلا شَخْصًا يُعْتِقُ عنهما ، أو يُوَكِّلَ أحدُهما الآخَرَ .

---

(١) فى م : « صار » .
(٢) فى م : « و » .

المقنع وَإِذَا أَعْتَقَ الْكَافِرُ نَصِيبَهُ مِنْ مُسْلِمٍ وَهُوَ مُوسِرٌ ، سَرَى إِلَى بَاقِيهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير لمُعْتِقِ النِّصْفِ ؛ لأنَّه لو كان أحَدُهما مُعْسِرًا قُوِّمَ الجميعُ على الآخَرِ ، فإذا كان مُوسِرًا ببَعْضِه قُوِّمَ الباقِى على صاحِبِ النِّصْفِ ؛ لأنَّه مُوسِرٌ ، وفيه اختلافٌ ذَكَرْناه مِن قَبْلُ .

٢٩٢٥ – مسألة : (وإذا أعْتَقَ الكافِرُ نَصيبَه مِن مسلمٍ وهو موسِرٌ ، سَرَى إلى باقِيه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن) ذَكَرَه القاضى . وهو [٩/٦ و] قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه تَقْويمُ مُتْلَفٍ ، فاسْتَوَى فيه المُسْلِمُ والكافِرُ ، كتَقْويمِ المُتْلَفاتِ . والوَجْهُ الثانى ، لا يَسْرِى . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّ فيه تَقْدِيرَ المِلْكِ ، والكافِرُ لا يَجُوزُ أن يَتَمَلَّكَ المُسْلِمَ . والأوَّلُ أصَحُّ ، إن شاء اللهُ تعالى .

الإنصاف قوله : وإذا أَعْتَقَ الكافِرُ نَصِيبَه مِن مُسْلِمٍ وهو مُوسِرٌ ، سرَى إلى باقِيه ، فى أَحَدِ الوجْهَيْن . وهو المذهبُ . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ . قال فى « الفائقِ » : سرَى إلى سائرِه فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يَسْرِى . ذكَرَه أبو الخَطَّابِ فمَن بعدَه . قال ابنُ رَزِينٍ : وليس بشئٍ . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وتقدَّم فى كتابِ البَيْعِ ، هل يصِحُّ شِراءُ الكافِرِ مُسْلِمًا يَعْتِقُ عليه بالرَّحِمِ ، أمْ لا ؟

المقنع

وَإِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ أَنَّ شَرِيكَهُ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ مِنْهُ ، وَهُمَا مُوسِرَانِ ، فَقَدْ صَارَ الْعَبْدُ حُرًّا لِاعْتِرَافِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحُرِّيَّتِهِ ، وَصَارَ مُدَّعِيًا عَلَى شَرِيكِهِ قِيمَةَ حَقِّهِ مِنْهُ . وَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا .

الشرح الكبير

٢٩٢٦ – مسألة : (وإنِ ادَّعَى كلُّ واحِدٍ مِن الشَّريكَيْن أنَّ شَريكَه أعْتَقَ نَصيبَه وهما موسِران ، فقد صار العَبْدُ حرًّا باعْتِرافِ كلِّ واحِدٍ منهما لحرِّيَّته[1] ، وصار مُدَّعيًا على شَرِيكِه قِيمَةَ حَقِّه منه . ولا وَلاءَ عليه لواحِدٍ منهما) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الشَّريكَيْن المُوسِرَيْن إذا ادَّعَى كلُّ واحِدٍ منهما أنَّ شَريكَه أعْتَقَ نَصيبَه ، فكلُّ واحِدٍ منهما مُعْتَرِفٌ بحُرِّيَّةِ نَصيبِه ، شاهِدٌ

الإنصاف

وتقدَّم فى بابِ الوَلاءِ ؛ إذا قال الكافِرُ لرَجُلٍ : أعْتِقْ عَبْدَكَ المُسْلِمَ عَنِّى وعلَىَّ ثَمَنُه . هل يصِحُّ أمْ لا ؟

فائدة : لو قال : أَعْتَقْتُ نَصِيبَ شَرِيكِى . كان لَغْوًا . ولو قال : أَعْتَقْتُ النِّصْفَ . انْصَرَفَ إلى مِلْكِه ، ثم سرَى ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه أرادَ نَصِيبَه . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، فى دارٍ بينَهما ، فقال أحدُهما : بِعْتُك نِصْفَ هذه الدَّارِ . لا يجوزُ ، إنَّما له الرُّبْعُ مِنَ النِّصْفِ ، حتى يقولَ : نَصِيبِى . ولو وَكَّلَ أحدُهما الآخَرَ فأَعْتَقَ نِصْفَه ولا نِيَّةَ ، ففى صَرْفِه إلى نَصِيبِ مُوَكِّلِه ، أمْ نَصِيبِه ، أمْ إلَيْهما ، احْتِمالاتٌ فى « المُغْنِى » . واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » . قلتُ : الصَّوابُ عِتْقُ نَصِيبِه لا غيرُ .

قوله : وإذا ادَّعَى كُلُّ واحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْن أنَّ شَرِيكَه أَعْتَقَ نَصِيبَه منه ، وهما

---

(١) زيادة من : الأصل .

المقنع وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ لَمْ يَعْتِقْ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

الشرح الكبير على شَريكِه بحُرِّيَّةِ نِصْفِه الآخرِ ؛ لأنَّه يقولُ لشَريكِه : أعْتَقْتَ نَصِيبَك ، فسَرَى العِتْقُ إلى نَصِيبى ، فعَتَقَ كُلُّه عليك ، ولَزِمَك لى قِيمَةُ نَصِيبى . فصارَ العَبْدُ حُرًّا ؛ لاعْتِرافِهما بحُرِّيَّتِه ، وبَقِىَ كلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِى قِيمَةَ حِصَّتِه على شَريكِه ، فإن كانت لأحَدِهما بَيِّنَةٌ حُكِمَ له بها ، وإن لم تكُنْ بَيِّنَةٌ حَلَف كلُّ واحِدٍ منهما لصاحِبِه وبَرِئا . فإن نَكَل أحَدُهما قُضِىَ عليه ، وإن نَكَلا جَميعًا تَساقَطَ حَقّاهما ؛ لتَماثُلِهما . ولا وَلاءَ عليه لواحِدٍ منهما ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه . ولا فَرْقَ فى هذه الحالِ بينَ العَدْلَيْن والفاسِقَيْن ، والمُسْلِمَيْن والكافِرَيْن ؛ لتَساوِى العَدْلِ والفاسِقِ ، والمُسْلِمِ والكافِرِ ، فى الاعْتِرافِ والدَّعْوَى . فإنِ اعْتَرَفَ أحَدُهما به بعدَ ذلك ثبَت له ؛ لأنَّه لا مُسْتَحِقَّ له سِواه ، وإنَّما لم يَثْبُتْ له لإنْكارِه له ، فإذا اعْتَرَف به زالَ الإنْكارُ ، فثَبَتَ له ، ولَزِمَتْه قِيمَةُ نَصيبِ صاحِبِه[1] لاعْتِرافِه بها .

٢٩٢٧ – مسألة : (وإن كانا مُعْسِرَيْن لم يَعْتِقْ على واحِدٍ منهما) لأنَّه ليس فى دَعْوَى أحَدِهما على صاحِبِه أنَّه أعْتَقَ نَصيبَه اعْتِرافٌ بحُرِّيَّةِ

الإنصاف مُوسِرَان ، فَقَدْ صارَ العَبْدُ حُرًّا لِاعْتِرافِ كُلِّ واحِدٍ منهما بِحُرِّيَّتِه ، وصارَ مُدَّعِيًا على شَريكِه قِيمَةَ حَقِّه منه ، ولا وَلاءَ عليه لواحِدٍ منهما . وإنْ كانا مُعْسِرَيْن ، لم يَعْتِقْ على واحِدٍ منهما . بلانِزاعٍ أعْلَمُه . لكِنْ للعَبْدِ أنْ يحْلِفَ مع كلِّ واحدٍ منهما ، ويَعْتِقَ جميعُه ، أو مع أحَدِهما ، ويَعْتِقَ نِصْفُه ، إذا قُلْنا : إنَّ [٣/١٤١و] العِتْقَ يَثْبُت

---

(١) فى م : « شريكه » .

الشرح الكبير

نَصيبِه ، ولا ادِّعاءُ اسْتِحْقاقِ قِيمَتِها على المُعْتِقِ ؛ لكَوْنِ[1] عِتْقِ المُعْسِرِ لا يَسْرِى إلى غيرِه ، فلم يَكُنْ فى دَعْواه أكْثَرُ مِن أنَّه شاهِدٌ على صاحِبِه بإعْتاقِ نَصيبِه ، فإن كانا فاسِقَيْن فلا أثَرَ لكَلامِهما فى الحالِ ، ولا عِبْرَةَ بقَوْلِهما ؛ لأنَّ غيرَ العَدْلِ لا تُقْبَلُ شهادَتُه ، وإن كانا عَدْلَيْن فشَهادَتُهما مَقْبولَةٌ ؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما لا يَجُرُّ إلى نفسِه بشهادَتِه نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ عنها ضَرَرًا ، وقد حَصَل للعَبْدِ بحُرِّيَّةِ كلِّ نِصْفٍ منه شاهِدُ عَدْلٍ . فإن حَلَف معهما عَتَق كُلُّه ، وإن حَلَف مع أحَدِهما عَتَق نِصْفُه ، على الرِّوايَةِ التى تقولُ : إنَّ العِتْقَ يَثْبُتُ بشاهِدٍ ويَمينٍ . وإن لم يَحْلِفْ لم يَعْتِقْ منه شىءٌ ؛ لأنَّ العِتْقَ لا يَحْصُلُ بشاهِدٍ مِن غيرِ يَمينٍ . وإن كان أحَدُهما عَدْلًا دُونَ الآخَرِ ، فله أن يَحْلِفَ مع شهادَةِ العَدْلِ ، ويَصيرُ نِصْفُه حُرًّا ، ويَبْقَى[2] الآخَرُ رَقِيقًا .

فصل : ومَن قال بالاسْتِسْعاءِ فقد اعْتَرَفَ بأنَّ نصيبَه خَرَج عن يدِه ، فيَخْرُجُ العبدُ كلُّه ، ويُسْتَسْعَى فى قيمتِه ؛ لاعترافِ كلِّ واحدٍ منهما بذلك فى نصيبِه .

الإنصاف

بشاهِدٍ ويَمِينٍ . وكان عَدْلًا على ما يأْتِى . ذكَرَه الأصحابُ . وذكَر ابنُ أبى مُوسى ، لا يُصَدَّقُ أحدُهما على الآخَرِ . وذكَرَه أبو بَكْرٍ فى « زادِ المُسافِرِ » ، وعلَّله بأنَّهما خَصْمان ، ولا شَهادَةَ لخَصْمٍ على خَصْمِه .

---

(١) فى م : « لكن » .

(٢) سقط من : م .

المقنع وَإِنِ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ ، عَتَقَ حِينَئِذٍ وَلَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَعْتِقُ جَمِيعُهُ .

الشرح الكبير **٢٩٢٨** – مسألة : (وإنِ اشْتَرَى أحَدُهما نَصِيبَ صاحِبِه عَتَق) عليه (و لم يَسْرِ إلى) النِّصْفِ [٩/٦ ظ] الذى كان له ؛ لأنَّ عِتْقَه حَصَل باعْتِرافِه بحُرِّيَّته بإعْتاقِ شَريكِه ، ولا يَثْبُتُ له عليه وَلاءٌ ؛ لأنَّه لا يَدَّعِي إعْتاقَهُ ، بل يَعْتَرِفُ بأنَّ المُعْتِقَ غيرُه ، وإنَّما هو مُخَلِّصٌ له مِمَّن يَسْتَرِقُّه ظُلْمًا ، فهو كمُخَلِّصِ الأسِيرِ مِن أيْدِى الكُفّارِ (وقال أبو الخَطَّاب) يَسْرِى ؛ لأنَّه شِراءٌ حَصَل به الإعْتاقُ ، فأشْبَهَ شِراءَ بعضِ وَلَدِه . فإن أكْذَبَ نَفْسَه فى شَهادَتِه على شَرِيكِه لِيَسْتَرِقَّ ما اشْتَراه منه ، لم يُقْبَل قَوْلُه[1] ؛ لأنَّه رُجُوعٌ عن الإقْرارِ بالحُرِّيَّةِ ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو أقَرَّ بحُرِّيَّةِ عَبْدِه ثم أكْذَبَ نَفْسَه . وهل يَثْبُتُ له الوَلاءُ عليه إن أعْتَقَهُ ؟ فيه احْتِمالان ؛ أحدُهما ، لا يَثْبُتُ ؛ لِما ذكَرْناه . والثانى ، يَثْبُتُ ؛ لأنَّا نَعْلَمُ أنَّ على العَبْدِ وَلاءً ، ولا يَدَّعِيه أحَدٌ سِواه ، ولا يُنازِعُه فيه ، فوجَبَ أن يُقْبَلَ قَوْلُه فيه . وإنِ اشْتَرَى كلُّ واحِدٍ منهما نَصِيبَ صاحِبِه صار العَبْدُ كُلُّه حُرًّا ، ولا وَلاءَ عليه لواحِدٍ منهما . فإن أعْتَقَ كلُّ واحِدٍ منهما ما اشْتَرَاه ، ثم أكْذَبَ نَفْسَه

الإنصاف قوله : وإنِ اشْتَرَى أحدُهما نَصِيبَ صاحِبِه ، عتَق حينَئذٍ ولم يَسْرِ إلى نَصِيبِه . يعْنِى إذا كانا مُعْسِرَيْن ، أوْ كان البائعُ وحْدَه مُعْسِرًا . وهذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ،

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

فى شَهادَتِه ، فهل يَثْبُتُ له وَلاءُ ما أعْتَقَه ؟ على وَجْهَيْن . وإن أقَرَّ كلُّ واحِدٍ منهما بأنَّه كان أعْتَقَ نَصِيبَه ، وصَدَّقَ الآخَرَ فى شَهادَتِه ، بَطَل البَيْعان ، وثَبَت لكُلِّ واحِدٍ منهما الوَلاءُ على نِصْفِه ؛ لأنَّ أحدًا لا يُنازِعُه فيه ، وكلُّ واحِدٍ منهما يُصَدِّقُ الآخَرَ فى اسْتِحْقاقِ الوَلاءِ . (1)ويَحْتَمِلُ أن يَثْبُتَ الولاءُ لهما(1) وإن لم يُكَذِّبْ واحِدٌ منهما نَفْسَه ؛ لأنَّا نَعْلَمُ أنَّ الوَلاءَ عليه ثابتٌ لهما ولا يَخْرُجُ عنهما ، وأنَّه بينَهما ؛ إمّا بالعِتْقِ الأوَّلِ ، وإمّا بالثانِى ؛ لأنَّهما إن كانا صادِقَيْن فى شَهادَتِهما ، فقد ثَبَت الوَلاءُ لكُلِّ واحِدٍ منهما على النِّصْفِ الذى أعْتَقَهُ أوَّلًا ، وإن كانا كاذِبَيْن ، فقد أعْتَقَ كلُّ واحِدٍ منهما نِصْفَه بعدَ أنِ اشْتراه ، وإن كان أحَدُهما صادِقًا والآخَرُ كاذِبًا ، فلا وَلاءَ للصّادِقِ منهما ؛ لأنَّه لم يُعْتِقِ النِّصْفَ الذى كان له أولًا(2) ، ولا صَحَّ عِتْقُه فى الذى اشْتَراه ؛ لأنَّه كان حُرًّا قبلَ شِرائِه ، والوَلاءُ كُلُّه للكاذِبِ ؛ لأنَّه أعْتَقَ النِّصْفَ الذى كان له ثم اشْتَرَى النِّصْفَ الذى لشَرِيكِه ، وكلُّ واحِدٍ منهما يُساوِى صاحِبَه فى الاحْتِمالِ ، فيُقْسَمُ بينَهما .

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقال أبو الخَطَّابِ : يَعْتِقُ جميعُه . قال النَّاظِمُ : وليس ببعيدٍ . وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » . فعلى قَوْلِ أبى الخَطَّابِ ، لا وَلاءَ له فيما اشْتَراه مُطْلَقًا ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الرِّعايةِ » . وقيل : له وَلاؤُه كلُّه ، إنْ أكْذَبَ نفسَه .

(1 - 1) سقط من : الأصل .

(2) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : وكلُّ مَن شَهِد على سَيِّدِ عَبْدٍ بعِتْقِ عَبْدِه ثم اشْتراه ، عَتَق عليه . وإن شَهِد اثْنان عليه بذلك فرُدَّتْ شَهادَتُهما ، ثم اشْتَرَياه أو أحَدُهما ، عَتَق . وبهذا قال مالكٌ ، والأوْزاعِيُّ ، والشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . وهو قياسُ قولِ أبي حنيفةَ . ولا يَثْبُتُ للمُشْتَرِى وَلاءٌ على العَبْدِ ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه ، ولا للبائعِ ؛ لأنَّه يُنْكِرُ عِتْقَه . ولو كان العَبْدُ بينَ شَريكَيْن ، فادَّعَى كلُّ واحِدٍ منهما أنَّ شَريكَه أعْتَقَ حَقَّه منه ، وكانا موسِرَيْن ، فعَتَقَ عليهما ، أو كانا مُعْسِرَيْن عَدْلَيْن ، فحَلَفَ العَبْدُ مع كلِّ واحِدٍ منهما ، [١٠/٦ و] (١)وعَتَق ، أو شَهِد مع كلِّ واحدٍ منهما عَدْلٌ آخَرُ(١) وعَتَق العَبْدُ ، أو ادَّعَى عَبْدٌ أنَّ سَيِّدَه أعْتَقَه ؛ فأنْكَرَ وقامَتِ البَيِّنَةُ بعِتْقِه ، عَتَق . ولا وَلاءَ على العَبْدِ فى هذه المواضِعِ كُلِّها ؛ لأنَّ أحَدًا لا يَدَّعِيه ، ولا يَثْبُتُ لأحَدٍ حقٌّ(٢) يُنْكِرُه ، فإن عاد مَن(٣) يُثْبِتُ له عَتاقَه(٣) فاعْتَرَفَ به ، ثَبَت له الوَلاءُ ؛ لأنَّه لا مُسْتَحِقَّ له سِواه ، وإنَّما لم(٤) يَثْبُتْ له لإنْكارِه له ، فإذا اعْتَرَفَ زال الإنْكارُ وثَبَت له . وأمّا الموسِران إذا عَتَق عليهما ، فإن صَدَّقَ أحَدُهما صاحِبَه فى أنَّه أعْتَقَ نَصيبَه وَحْدَه ، أو أنَّه سَبَق بالعِتْقِ ، فالوَلاءُ له ، وعليه غَرامَةُ نَصِيبِ الآخَرِ . وإنِ اتَّفقا على أنَّ كلَّ واحِدٍ منهما أعْتَقَ نَصِيبَه دُفْعَةً واحِدَةً

(١ - ١) زيادة من : الأصل .
(٢) فى الأصل : « حتى » .
(٣ - ٣) فى م : « ثبت إعتاقه » .
(٤) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُعْسِرِ وَحْدَهُ .

الشرح الكبير

فالوَلاءُ بينَهما . وإنِ ادَّعَى كلُّ واحِدٍ منهما أنَّه المُعْتِقُ وَحْدَه ، أو أنَّه السَّابِقُ ، فأنْكَرَ الآخَرُ ، تَحالَفا ، والوَلاءُ بينَهما نِصْفَيْن .

٢٩٢٩ – مسألة : (وإن كان أحَدُهما مُوسِرًا والآخَرُ مُعْسِرًا ، عَتَق نَصِيبُ المُعْسِرِ وَحْدَه) لاعْتِرافِه بأنَّ نَصِيبَه قد صار حُرًّا بإعْتاقِ شَريكِه المُوسِرِ الذى يَسْرِى عِتْقُه ، ولم يَعْتِقْ نَصِيبُ المُوسِرِ ؛ لأنَّه يَدَّعِى أنَّ المُعْسِرَ الذى لا يَسْرِى عِتْقُه أعْتَقَ نَصِيبَه ، فعَتَقَ وَحْدَه . ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ المُعْسِرِ عليه ؛ لأنَّه يَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفْعًا ، لكَوْنِه يوجِبُ[1] عليه بشَهادَتِه قِيمَةَ حصَّتِه . فعلى هذا ، إن لم تكُنْ للعَبْدِ بَيِّنَةٌ سِواه ، حَلَف المُوسِرُ وبَرِئَ مِن القِيمَةِ والعِتْقِ جميعًا ، ولا وَلاءَ للمُعْسِرِ فى نَصيبِه ؛ لأنَّه لا يدَّعِيه ، ولا للمُوسِرِ أيضًا ؛ لذلك . فإن عاد المُعْسِرُ فأعْتَقَه وادَّعاه ، ثَبَت له . وإن أقَرَّ المُوسِرُ بإعْتاقِ نَصِيبِه ، وصَدَّقَ المُعْسِرُ ، عَتَق نَصيبُه أيضًا ، وعليه غَرامَةُ نَصِيبِ المُعْسِرِ ، ويَثْبُتُ له الوَلاءُ . وإن كان للعَبْدِ بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ بإعْتاقِ المُوسِرِ ، وكانت عَدْلَيْن ، ثَبَت العِتْقُ ، ووَجَبَتِ القِيمَةُ للمُعْسِرِ عليه . وإن كانت عَدْلًا واحِدًا ، وحَلَف العَبْدُ معه ، ثَبَت العِتْقُ فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . والأُخْرَى ، لا يَثْبُتُ العِتْقُ ، وللمُعْسِرِ أن يَحْلِفَ معه ، ويَسْتَحِقُّ قِيمَةَ نَصِيبِه ، سَواءٌ حَلَف العَبْدُ أو لم يَحْلِفْ ؛ لأنَّ الذى يَدَّعِيه

الإنصاف

....

(١) فى م : « يجب » .

المقنع وَإذَا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ : إذَا أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ فَنَصِيبِي حُرٌّ . فَأَعْتَقَ الْأَوَّلُ وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ كُلُّهُ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير مالٌ يُقْبَلُ فيه شاهِدٌ ويَمِينٌ .

فصل : فإنِ ادَّعَى أحَدُ الشَّرِيكَيْن أنَّ شَرِيكَه أعْتَقَ نَصيبَه ، وأنْكَرَ الآخَرُ ، وكان المُدَّعَى عليه مُوسِرًا ، عَتَق نَصيبُ المُدَّعِي وَحْدَه ؛ لاعْتِرافِه بحُرِّيَّتِه بسِرايَةِ عِتْقِ شَرِيكِه ، وصار مُدَّعِيًا نِصْفَ القِيمَةِ على شريكِه ، ولا يَسْرِي ؛ لأنَّه لا يَعْتَرِفُ أنَّه المُعْتِقُ له ، وإنَّما عَتَق باعْتِرافِه بحُرِّيَّتِه ، لا بإعْتاقِه له ، ولا وَلاءَ عليه ؛ لإنْكارِه له . قال القاضي : ووَلاؤُه مَوْقُوفٌ . وإن كان المُدَّعِي عَدْلًا لم تُقْبَلْ شهادَتُه ؛ لأنَّه يدَّعِي نِصْفَ قِيمَتِه على شَرِيكِه ، فيَجُرُّ بشَهادَتِه إليه نَفْعًا ، ومَن شَهِد بشَهادَةٍ يَجُرُّ بها إليه نَفْعًا ، بطَلَتْ كُلُّها . وأمّا إن كان المُدَّعَى عليه مُعْسِرًا ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، ولا يَعْتِقُ منه شيءٌ . فإن كان المُدَّعِي عَدْلًا ، حَلَف [٦/١٠ ظ] العَبْدُ مع شَهادَتِه ، وصار نِصْفُه حُرًّا . وقال حَمّادٌ : إن كان المَشْهُودُ عليه مُوسِرًا سَعَى له ، وإن كان مُعْسِرًا سَعَى لهما . وقال أبو حنيفةَ : إن كان مُعْسِرًا اسْتُسْعِيَ العَبْدُ ، ووَلاؤُه بَيْنَهما ، وإن كان مُوسِرًا فوَلاءُ نِصْفِه مَوْقوفٌ ، فإنِ اعْتَرَفَ أنَّه أعْتَقَ اسْتَحَقَّ الوَلاءَ ، وإلَّا كان الوَلاءُ لبَيْتِ المالِ .

٢٩٣٠ - مسألة : (وإذا قال أَحَدُ الشَّرِيكَيْن : إذا أَعْتَقْتَ نَصيبَك فنَصِيبِي حُرٌّ . فأعْتَقَ الأوَّلُ وهو مُوسِرٌ ، عَتَق كلُّه عليه) هذا اخْتِيارُ

الإنصاف قوله : وإذا قال أَحَدُ الشَّرِيكَيْن : إذا أَعْتَقْتَ نَصِيبَك فنَصِيبِي حُرٌّ . فَأَعْتَقَ الأَوَّلُ

المقنع

وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا عَتَقَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبُهُ .

الشرح الكبير

الأصحابِ ، أنَّه يَعْتِقُ على الأوَّلِ ، ويُقَوَّمُ عليه نَصيبُ الشَّريكِ إن كان مُوسِرًا ، ولا يَقَعُ إعْتاقُ شَريكِه ؛ لأنَّ السِّرايَةَ سَبَقَتْ ، فمَنَعَتْ عِتْقَ الشَّريكِ . قال شيخُنا[1] : ويَحْتَمِلُ أن يَعْتِقَ عليهما جميعًا ؛ لأنَّ عِتْقَ نَصيبِه سَبَبٌ للسِّرايَةِ وشَرْطٌ لعِتْقِ نَصيبِ الشَّريكِ ، فلم يَسْبِقْ أحَدُهما الآخَرَ لوُجودِهما فى حالٍ واحِدَةٍ . وقد يُرَجَّحُ وُقوعُ عِتْقِ الشَّريكِ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ منه فى مِلْكِه ، والسِّرايَةُ تَقَعُ فى غَيْرِ مِلْكٍ على خِلافِ الأصْلِ ، فكان نُفوذُ عِتْقِ الشَّريكِ أوْلَى . ولأنَّ سِرايَةَ العِتْقِ على خِلافِ الأصْلِ ؛ لكَوْنِها إتْلافًا لمِلْكِ المَعْصُومِ بغيرِ رِضاه ، وإلْزامًا للمُعْتِقِ غَرامَةً لم يَلْتَزِمْها بغيرِ اختيارِه ، وإنَّما ثَبَت لمَصْلَحَةِ تَكْميلِ العِتْقِ ، فإذا حَصَلَتْ هذه المَصْلَحَةُ بإعْتاقِ المالِكِ[2] ، كان أوْلَى .

٢٩٣١ – مسألة : (وإن كان مُعْسِرًا) لم يَعْتِقْ عليه إلَّا نَصِيبُه ؛ لِما ذَكَرْنا مِن أنَّ عِتْقَ المُعْسِرِ لا يَسْرِى إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ، ويَعْتِقُ نَصيبُ شَرِيكِه بالشَّرْطِ .

الإنصاف

وهو مُوسِرٌ ، عتَق كُلُّه عليه[3] . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قاله المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وقيل : يَعْتِقُ عليهما . وهو احْتِمالٌ للمُصَنِّفِ .

(١) فى : المغنى ١٤/٣٥٧ .

(٢) فى م : « الملك » .

(٣) سقط من : ط ، ا .

المقنع وَإِنْ قَالَ : إِذَا أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ فَنَصِيبِى حُرٌّ مَعَ نَصِيبِكَ . فَأَعْتَقَ نَصِيبَهُ ، عَتَقَ عَلَيْهِمَا [١٩٢ظ] مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا .

الشرح الكبير **٢٩٣٢** – مسألة : (وإن قال : إذا أعْتَقْتَ نَصيبَكَ فنَصِيبى حُرٌّ مع نَصيبِكَ . فأعْتَقَ نَصيبَه ، عَتَق عليهما ، مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا) ولم يَلْزَمِ المُعْتِقَ شئٌ ؛ لأنَّ العِتْقَ وُجِد منهما معًا ، فهو كما لو وكَّلا رجلًا فى إعْتاقِه عنهما (١فأعْتَقَه بلفظٍ واحدٍ١) . وقِيلَ : يَعْتِقُ كلُّه على المُعْتِقِ ؛ لأنَّ إعْتاقَ نَصيبِه شَرْطُ عِتْقِ نَصيبِ شَريكِه ، فيَلْزَمُ أن يكونَ سابقًا عليه . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّه أمْكَنَ العَمَلُ بمُقْتَضَى شَرْطِه ، فوَجَبَ العَمَلُ به ؛ لِما ذَكَرْناه .

فصل : فإن قال : إذا أعْتَقْتَ نَصيبَك فنَصِيبى حُرٌّ قبلَ إعْتاقِك . وَقَعا معًا إذا أعْتَقَ نَصِيبَه . هذا مُقْتَضَى قولِ أبى بكرٍ ، والقاضى . ومُقْتَضَى قَوْلِ ابنِ عَقِيلٍ ، أن يَعْتِقَ كلُّه على المُعْتِقِ ، ولا يَقَعَ إعْتاقُ شَريكِه ؛ لأنه إعْتاقٌ فى زَمَنٍ ماضٍ . ومُقْتَضَى قولِ ابنِ سُرَيْجٍ(٢) ومَن وَافَقَه ، مِمَّن قال بسِرايَةِ العِتْقِ ، أن لا يَصِحَّ إعْتاقُه ؛ لأنَّه يَلْزَمُ مِن عِتْقِه(٣) نصِيبَه تَقَدُّمُ

الإنصاف قوله : وإذا قالَ : إذا أعْتَقْتَ نَصِيبَك فنَصِيبى حُرٌّ مع نَصِيبِك . فأعْتَقَ نَصِيبَه ، عتَق عليهما ، مُوسِرًا كان أوْ مُعْسِرًا . هذا المذهبُ . قال فى « الفُروعِ » : والأصحُّ عِتْقُه عليهما . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : قالَه أصحابُنا . قال الشَّارِحُ : وهذا أوْلَى .

(١ – ١) فى م : « فأعتقهما » .

(٢) فى الأصل ، م : « شريح » .

(٣) فى م : « عتق » .

الشرح الكبير

عِتْقِ الشَّرِيكِ وسِرَايَتِه ، فيَمْتَنِعُ إعْتاقُ نَصِيبِ هذا ، ويَمْتَنِعُ عِتْقُ نَصِيبِ الشَّرِيكِ ، ويُفْضِى إلى الدَّوْرِ ، فيَمْتَنِعُ الجَمِيعُ . وسَنَذْكُرُ ذلك فى الطَّلاقِ ، إن شاء اللهُ تعالى .

فصل : إذا كان لرجلٍ نِصْفُ عَبْدَيْن مُتَساوِيَيْن فى القِيمَةِ ، لا يَمْلِكُ غيرَهما ، فأعْتَقَ أحَدَهما فى صِحَّتِه ، عَتَق ، وسَرَى إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ؛ لأنَّه مُوسِرٌ بالنِّصْفِ الذى له مِن العَبْدِ الآخَرِ ، فإن أعْتَقَ النِّصْفَ الآخَرَ ، عَتَقَ ؛ لأنَّ [١١/٦ و] وُجُوبَ القِيمَةِ فى ذِمَّتِه لا يَمْنَعُ صِحَّةَ عِتْقِه ، ولم يَسْرِ ؛ لأنه مُعْسِرٌ . وإن أعْتَقَ الأوَّلَ فى مَرَضِ مَوْتِه ، لم يَسْرِ ؛ لأنَّه إنَّما يَنْفُذُ عِتْقُه فى ثُلُثِ مالِه ، وثُلُثُ مالِه هو الثُّلُثُ مِن العَبْدِ الذى أعْتَقَ نِصْفَه ، وإذا أعْتَقَ الثانِىَ وَقَف على إجازَةِ الوَرَثَةِ . فإن أعْتَقَ الأوَّلَ فى صِحَّتِه وأعْتَقَ الثانِىَ فى مَرَضِه ، لم يَنْفُذْ عِتْقُ الثانى ؛ لأنَّ عليه دَيْنًا يَسْتَغْرِقُ قِيمَتَه ، فيَمْنَعُ صِحَّةَ عِتْقِه ، إلَّا أن يُجِيزَ الوَرَثَةُ .

فصل : إذا شَهِد شاهِدان على رجلٍ أنَّه أعْتَقَ شِرْكًا له فى عَبْدٍ فسَرَى إلى نَصِيبِ الشَّرِيكِ ، وغَرِم له قِيمَةَ نَصِيبِه ، ثم رَجَعا عن الشَّهادَةِ ، غَرِما قِيمَةَ العَبْدِ جَمِيعِه . وقال بعضُ أصْحابِ الشافعىِّ : تَلْزَمُهما غَرامَةُ نَصِيبِه ، دُونَ نَصِيبِ شَرِيكِه ؛ لأنَّهما لم يَشْهَدا إلَّا بعِتْقِ نَصِيبِه ، فلم تَلْزَمْهما غَرامَةُ

الإنصاف

وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقيل : يَعْتِقُ كُلُّه على المُعْتِقِ الأوَّلِ .

الشرح الكبير

ما سِواه . ولَنا ، أنَّهما فَوَّتا عليه نَصِيبَه وقِيمَةَ نَصِيبِ شَرِيكِه ، فلَزِمَهما ضَمانُه ، كما لو فَوَّتاه بفِعْلِهما ، وكما لو شَهِدا عليه بجُرْحٍ ثم سَرَى الجُرْحُ وماتَ المَجْرُوحُ فضَمِنَ الدِّيَةَ ثم رَجَعا عن شَهادَتِهما .

فصل : وإن شَهِد شاهِدان على مَيِّتٍ بعِتْقِ عَبْدٍ[1] فى مَرَضِ مَوْتِه ، وهو ثُلُثُ مالِه ، فحكَمَ الحاكِمُ بشَهادَتِهما ، وعَتَق العَبْدُ ، ثم شَهِد آخران بعِتْقِ آخَرَ ، وهو ثُلُثُ مالِه ، ثم رَجَع الأوَّلان عن الشَّهادَةِ ، نَظَرْنا فى تاريخِ شَهادَتِهما ؛ فإن كانت سابِقَةً ولم يُكَذِّبِ الوَرَثَةُ رُجُوعَهما ، عَتَق الأوَّلُ ، ولم يُقْبَلْ رُجُوعُهما ، ولم يَغْرَما شيئًا . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَهما شِراءُ الثانى وإعْتاقُه ؛ لأنَّهما مَنَعا عِتْقَه بشَهادَتِهما المَرْجُوعِ عنها . وإن صَدَّقُوهما فى رُجُوعِهما وكَذَّبُوهما فى شَهادَتِهما ، عَتَق الثانى ، ورَجَعُوا عليهما بقِيمَةِ الأوَّلِ ؛ لأنَّهما فَوَّتا رِقَّه عليهم بشَهادَتِهما المَرْجُوعِ عنها ، وإن كان تاريخُها[2] مُتَأَخِّرًا عن الشَّهادَةِ الأُخْرَى بَطَلَ[3] عِتْقُ المَحْكُومِ بعِتْقِه ؛

الإنصاف

فوائد ؛ إحْداها ، وكذا الحُكْمُ والخِلافُ والمذهبُ ، فيما إذا قال : إذا أَعْتَقْتَ نَصِيبَك ، فنَصِيبِى حُرٌّ قبلَ إعْتاقِك . قالَه فى « الفُروعِ » . وقيل : يعْتِقُ جميعُه على صاحِبِ الشَّرْطِ بالشَّرْطِ ، ويَضْمَنُ حقَّ شَرِيكِه . اخْتارَه فى « المُسْتَوْعِبِ » . ومع إعْسارِهما يَعْتِقُ عليهما . الثَّانيةُ ، لو قال لأَمَتِه : إنْ صَلَّيْتِ مكْشُوفَةَ الرَّأْسِ ، فأَنْتِ حُرَّةٌ قبلَه . فصَلَّتْ كذلك ، عَتَقَتْ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى

---

(١) فى الأصل : « عتق » .
(٢) فى الأصل : « تاريخهما » .
(٣) بعده فى م : « حكم » .

المقنع

فَصْلٌ : وَيَصِحُّ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالصِّفَاتِ ؛ كَدُخُولِ الدَّارِ ، وَمَجِيءِ الْأَمْطَارِ . وَلَا يَمْلِكُ إِبْطَالَهَا بِالْقَوْلِ . وَلَهُ بَيْعُهُ وَهِبَتُهُ وَوَقْفُهُ ، وَغَيْرُ ذَلِكَ ، فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ عَادَتِ الصِّفَةُ .

الشرح الكبير

لأنّنا تَبيَّنّا أنَّ الميِّتَ قد أعْتَقَ ثُلُثَ مالِه قبْلَ إعْتاقِه ، ولم يَغْرَم الشّاهِدان شيئًا ؛ لأنّهما ما فوَّتا شَيْئًا ، وإن كانَتا مُطْلَقَتَيْن أو إحْداهما ، أو اتَّفَقَ تاريخُهما ، أُقْرِعَ بيْنَهما ، فإن خَرَجَتْ على الثانى عَتَق ، وبَطَل عِتْقُ الأوَّلِ ، ولا شىءَ على الشّاهِدَيْن ؛ لأنَّ الأوَّلَ باقٍ على الرِّقِّ ، وإن خَرَجَتْ قُرْعَةُ الأوَّلِ عَتَق ، ونَظَرْنا فى الوَرَثَةِ ، فإذا كَذَّبُوا الشّاهِدَيْن الأوَّلَيْن فى شَهادَتِهما عَتَق الثانى ، ورَجَعُوا على الشّاهِدَيْن بقِيمَةِ الأوَّلِ ؛ لأنّهما فَوَّتا رِقَّه بغيرِ حَقٍّ . وإن كَذَّبُوهما فى رُجُوعِهما لم يَرْجِعُوا عليهما بشىءٍ ؛ لأنَّهم يُقِرُّون بعِتْقِ المَحْكُومِ بعِتْقِه .

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (ويَصِحُّ تَعْلِيقُ العِتْقِ بالصِّفاتِ ؛ كدُخُولِ الدّارِ ، ومَجِىءِ الأمْطارِ) لأنّه عِتْقٌ بصِفَةٍ ، فصَحَّ ، كالتَّدْبِيرِ ،

الإنصاف

« الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، ذكَرَه آخِرَ البابِ ، وقال : صَلاةٌ صحيحةٌ . وقيل : لا تَعْتِقُ . جزَم به أبو المَعالِى ؛ لبُطْلانِ الصِّفَةِ بتَقدُّمِ المَشْرُوطِ . الثّالثةُ ، لو قال : إنْ أقْرَرْتُ بكَ لزَيْدٍ ، فأنْتَ حُرٌّ قبلَه . فأقَرَّ له به ، صحَّ إقْرارُه فقط . الرّابعةُ ، لو قال : إنْ أقْرَرْتُ بك له ، فأنْتَ حُرٌّ ساعةَ إقْرارِى . لم يصِحَّ الإقْرارُ ولا العِتْقُ .

قوله : ويَصِحُّ تَعْليقُ العِتْقِ بالصِّفاتِ ؛ كدُخُولِ الدّارِ ، ومَجِىءِ الأمْطارِ . ولا يَمْلِكُ إبْطالَها بالقَوْلِ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ قاطِبَةً ، وأكثَرُهم قطَع به .

الشرح الكبير

وإذا عَلَّقَ عِتْقَه على مَجىءِ وَقْتٍ ، كقَوْلِه : أنت حُرٌّ فى رأْسِ الحَوْلِ . لم يَعْتِقْ حتى يأْتىَ[1] رَأْسُ الحَوْلِ (وله بَيْعُه ، وهِبَتُه) وإجارَتُه ، وَوَطءُ الأَمَةِ ، كالتَّدْبيرِ . وبه قال الأَوْزاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . قال أحمدُ : إذا قال لغُلامِه : أنتَ حُرٌّ إلى أن يَقْدَمَ فُلانٌ ، ومَجىءِ[1] فُلانٍ . واحِدٌ[2] ، و : إلى رَأْسِ السَّنَةِ ، وإلى رَأْسِ الشَّهْرِ . إنَّما يُرِيدُ إذا جاء رَأْسُ السَّنَةِ ، أو جاء رأْسُ الهِلالِ . وإذا قال : أنتِ طالِقٌ إذا جاء الهِلالُ . إنَّما تَطْلُقُ[3] إذا جاء رأْسُ الهِلالِ . وقال إسحاقُ كما قال أحمدُ . وحُكِىَ عن مالكٍ أنَّه قال : إذا قال لعَبْدِه : أنت حُرٌّ فى رَأْسِ الحَوْلِ . عَتَق فى الحالِ . والذى حكاه ابنُ المُنْذِرِ عنه ، أنَّها إذا كانت جارِيَةً لم يَطَأْها ؛ لأَنَّه لا يَمْلِكُها مِلْكًا تامًّا ، ولا يَهَبُها ، ولا يَبِيعُها ، وإن مات السَّيِّدُ قبلَ الوَقْتِ كانت حُرَّةً عندَ الوَقْتِ مِن رَأْسِ المالِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ أنَّه لا يَطَؤُها ؛ لأنَّ مِلْكَه غيرُ تامٍّ عليها . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لِما رُوِىَ عن أبى ذَرٍّ ، أَنَّه قال لعَبْدِه : أنت عَتِيقٌ إلى رَأْسِ الحَوْلِ[4] . فلَوْلَا أنَّ العِتْقَ يَتَعلَّقُ

الإنصاف

وذكَر فى « الانْتِصارِ » ، و « الواضِحِ » ، أنَّه يجوزُ له فَسْخُه . ويأْتِى ذلك وغيرُه فى أوَّلِ بابِ تَعْليقِ الطَّلاقِ بالشُّروطِ .

قوله : وله بَيْعُه وهِبَتُه ووَقْفُه ، وغيرُ ذلك . ولا يحْرُمُ عليه وَطْءُ أَمَتِه بعدَ تَعْليقِ

---

(١) فى م : « يجىء » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « يريد » .

(٤) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : لا يطلق حتى يحل الأجل ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥/٢٩

الشرح الكبير

بالحَوْلِ لم يُعَلِّقْه عليه ، ولأنَّه عَلَّقَ العِتْقَ بصِفَةٍ ، فوَجَبَ أن يَتعَلَّقَ بها ، كما لو قال : إذا أدَّيْتَ إلىَّ ألفًا فأنْتَ حُرٌّ . واسْتِحْقاقُه للعِتْقِ لا يَمْنَعُ إباحَةَ الوَطْءِ ، كالاسْتِيلادِ . فأمّا المُكاتَبَةُ ، فإنّما لم يُبَحْ وَطْؤُها ؛ لأنَّها اشْتَرَتْ نَفْسَها مِن سَيِّدِها بعِوَضٍ ، وزالَ مِلْكُه عن اكْتسابِها ، بخِلافِ مَسْألَتِنا . ومتى جاءَ الوَقْتُ وهو فى مِلْكِه عَتَق بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . فإن خَرَجَ عن مِلْكِه بِبَيْعٍ أو ميراثٍ ، لم يَعْتِقْ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . وقال النَّخَعِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى : إذا قال لعَبْدِه : إن فَعَلْتَ كذا فأنْتَ حُرٌّ . فباعَه بَيْعًا صحِيحًا ، ثم فَعَل ذلك ، عَتَق وانْتَقَضَ البَيْعُ . قال ابنُ أبى لَيْلَى : إذا حَلَف بالطَّلاقِ لا كَلَّمْتُ فُلانًا ، ثم طَلَّقَها طَلاقًا بائنًا ، ثم كَلَّمَه ، حَنِث . وعامَّةُ أهلِ العلمِ على خِلافِ(١) هذا القولِ ؛ لأن النبىَّ ﷺ قال(١) : « لَا طَلَاقَ وَلَا عَتَاقَ وَلَا بَيْعَ فِيما لَا يَمْلِكُ ابنُ آدَمَ »(٢) . ولأنَّه لا مِلْكَ له ، فلم يَقَعْ طَلاقُه وعَتاقُه ، كما لو لم يكُنْ له مالٌ مُتَقَدِّمٌ .

الإنصاف

عِتْقِها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . وعنه ، لا يطَؤُها .

فائدة : لا يَعْتِقُ قبلَ كَمالِ الصِّفَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وخرَّج القاضى رِوايةً مِن الأَيْمانِ بالعِتْقِ . قال فى « الفائقِ » : وهو ضعيفٌ . قال النَّاظِمُ : لا يُعْبأُ بما فى « المُجَرَّدِ » . ورَدَّه المُصَنِّفُ والشَّارِحُ مِن خَمْسَةِ أوْجُهٍ .

(١ - ١) فى م : « لقول النبى ﷺ » .

(٢) تقدم تخريجه فى ١١/٣٢٣ .

الشرح الكبير

فصل : وإذا قال لعَبْدِه : إن لم أضْرِبْك عَشَرَةَ أسْواطٍ فأنت حُرٌّ . و لم يَنْوِ وَقْتًا بعَيْنِه ، لم يَعْتِقْ حتى يموتَ ، وإن باعَه قبلَ ذلك صَحَّ بَيْعُه ، و لم يُفْسَخْ ، فى قولِ أكْثرِ أهلِ العِلْمِ . وقال مالكٌ : ليس له بَيْعُهُ ، فإن باعَهُ فُسِخ البَيْعُ . ولَنا ، أنَّه باعَه قبلَ وُجودِ الشَّرْطِ ، فلم يُفْسَخْ ، كما لو قال : إن دَخَلْتَ الدّارَ فأنت حُرٌّ . وباعَه قبلَ دُخُولِها .

٢٩٣٣ – مسألة : وإذا عَلَّقَ عِتقَ عَبْدِه بشَرْطٍ ، كقَوْلِه : إن أدَّيْت إلىَّ ألْفًا فأنت حرٌّ . أو : إن دَخَلْتَ الدّارَ فأنت حُرٌّ . فهى صِفَةٌ لازِمَةٌ ، ألْزَمَها نَفْسَه (ولا يَمْلِكُ إبْطالَها بالقَوْلِ) قِياسًا على النَّذْرِ ، ولذلك إنِ اتَّفَقَ السَّيِّدُ والعَبْدُ على إبْطالِها لم تَبْطُلُ ؛ لذلك . ولو أبْرَأهُ السَّيِّدُ مِن الألْفِ لم يَعْتِقْ بذلك ، و لم يَبْطُلِ التَّعْلِيقُ ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فى ذِمَّتِه يُبْرِئُه منه .

فصل : ولا يَعْتِقُ قبلَ وُجودِ الصِّفَةِ بكَمالِها ، (١)كالجُعْلِ فى الجَعالَةِ(١) ، فلو قال لعَبْدِه : إذا أدَّيتَ إلىَّ ألْفًا فأنت حُرٌّ . لم يَعْتِقْ حتى يُؤَدِّىَ الألْفَ جَميعَها . وذَكَرَ القاضى أنَّ مِن أصْلِنا أنَّ العِتقَ المُعَلَّقَ بصِفَةٍ يوجَدُ بوُجودِ بَعْضِها ، كما لو قال : أنت حُرٌّ إن أكَلْتَ رَغيفًا . فأكَلَ نِصْفَه . ولا يَصِحُّ ذلك لوُجوهٍ ؛ أحَدُها ، أنَّ أداءَ الألفِ شَرْطُ العِتقِ ، [١٢/٦ و] وشُرُوطُ الأحْكامِ يُعْتَبَرُ وُجودُها بكمالِها لثُبوتِ الأحْكامِ ، وتَنْتَفِى بانْتِفائِها ، كسائرِ شُرُوطِ الأحْكامِ . الثانى ، أنَّه إذا عَلَّقَه على

الإنصاف

(١ – ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

وَصْفٍ ذِى عَدَدٍ ، فالعَدَدُ وَصْفٌ فى الشَّرْطِ ، ومَن عَلَّقَ الحُكْمَ على شرطٍ ذى وَصْفٍ ، لم يَثْبُتْ ما لم تُوجَدِ الصِّفَةُ ، كقَوْلِه لعَبْدِه : إن خَرَجْتَ عارِيًا فأنت حُرٌّ . فخَرَجَ لابِسًا ، لم يَعْتِقْ ، فكذلك العَدَدُ . الثّالِثُ ، أنَّه متى كان فى اللَّفْظِ ما يَدُلُّ على الكُلِّ ، لم يَحْنَثْ بفِعْلِ البَعْضِ ، كما لو حَلَف : لا صَلَّيْتُ صلاةً . أو : لا صُمْتُ صِيامًا . لم يَحْنَثْ حتى يَفْرَغَ ممّا يُسَمَّى صلاةً ويَصُومَ يومًا . ولو قال لامْرَأتِه : إن حِضْتِ حَيْضَةً فأنتِ طالِقٌ . لم تَطْلُقْ حتى تَطْهُرَ مِن الحَيْضَةِ . وذِكْرُ الألْفِ هٰهُنا يَدُلُّ على أنَّه أرادَ ألْفًا كامِلَةً . الرّابعُ ، أنَّ الأصْلَ الذى ذَكَرَه ، فيما إذا قال : إذا أكَلْتَ رَغِيفًا فأنت حُرٌّ . أنَّه يَعْتِقُ بأكْلِ بَعْضِه ، مَمْنُوعٌ . وإنَّما إذا حَلَف لا يَفْعَلُ شَيْئًا ، فَفَعَلَ بَعْضَه ، يَحْنَثُ ، فى رِوايَةٍ ، فى مَوْضِعٍ يَحْتَمِلُ إرادَةَ البَعْضِ ويَتناوَلُه اللَّفْظُ ، كَمن حَلَف لا يصَلِّى ، فشَرَعَ فى الصَّلاةِ ، أو لا يَصُومُ ، فشَرَعَ فى الصَّومِ ، أو لا يَشْرَبُ ماءَ هذا الإناءِ ، فشَرِبَ بَعْضَه . ونحوَ هذا ؛ لأنَّ الشّارِعَ فى الصلاةِ والصيامِ قد صَلَّى وصامَ ذلك الجُزْءَ الذى شَرَع فيه ، والقَدْرَ الذى شَرِبَه مِن الإناءِ هو ماءُ الإناءِ ، وقَرِينَةُ حالِه تَقْتَضِى المَنْعَ مِن الكُلِّ ، فتَقْتَضِى الامْتِناعَ مِن الكُلِّ ، ومتى فَعَلَ البَعْضَ فما امْتَنَعَ مِن الكُلِّ ، فحنِث ؛ لذلك . ولو حَلَف على فِعْلِ شىءٍ لم يَبَرَّ إلَّا بفِعْلِ الجَمِيعِ . وفى مَسْألَتِنا ، تَعْلِيقُ الحُرِّيَّةِ على أداءِ الألْفِ يَقْتَضِى وُجُودَ أدائِها ، فلا يَثْبُتُ الحُكْمُ المُعَلَّقُ عليها دُونَ أدائِها ، كَمَن حَلَف ليُؤَدِّيَنَّ ألْفًا ، لا يَبَرُّ حتى يؤَدِّيها . الخامِسُ ، أنَّ موضوعَ الشَّرْطِ فى الكِتابِ

الإنصاف ....

الشرح الكبير

والسُّنَّةِ وأحْكامِ الشريعَةِ ، على أنَّه لا يَثْبُتُ المَشْرُوطُ بدُونِ شَرْطِه ، كقولِ النبيِّ ﷺ : « مَنْ قَالَ : لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ . دَخَلَ الْجَنَّةَ »[1] . فلو قال بعضَها لم يَسْتَحِقَّ إلَّا العُقُوبَةَ . وقَوْلِه : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ »[2] . لا تكونُ له بشُرُوعِه في الإِحْياءِ . ولو قال في المُسابَقَةِ : مَن سَبَقَ إلى خَمْسِ إصاباتٍ فهو سابِقٌ . لم يَكُنْ سابقًا إذا سَبَقَ إلى أرْبَعٍ . ولو قال : مَن رَدَّ ضالَّتِي فله دِينَارٌ . لم يَسْتَحِقَّه بالشُّرُوعِ في رَدِّها . فكيفَ يُخالِفُ موضوعاتِ الشَّرْعِ واللُّغَةِ بغيرِ دَلِيلٍ ؟ وإنَّما الرِّوايَةُ التي جاءت عن أحمدَ في الأيْمانِ ، في مَن حَلَف أن لا يَفْعَلَ شيئًا ، ففَعَلَ بَعْضَه ، يَحْنَثُ ؛ لأنَّ اليَمِينَ على التَّرْكِ يُقْصَدُ بها المَنْعُ ، فنُزِّلَتْ مَنْزِلَةَ النَّهْيِ ، والنَّهْيُ عن فِعْلِ شَيءٍ يَقْتَضِي المَنْعَ مِن بَعْضِه ، بخِلافِ تَعْلِيقِ المَشْرُوطِ[3] على الشَّرْطِ .

فصل : وما يَكْتَسِبُه العَبْدُ قبلَ وُجُودِ الشَّرْطِ فهو لسَيِّدِه ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ عَقْدٌ يَمْنَعُ كَوْنَ كَسْبِه لسَيِّدِه ، إلَّا أنَّه إذا عَلَّقَ عِتْقَه على أداءِ مالٍ معلومٍ ،

الإنصاف ....

(1) أخرجه البخاري ، في : باب في الجنائز ومن كان آخر كلامه لا إله إلا الله ، من كتاب الجنائز ، وفي : باب الثياب البيض ، من كتاب اللباس ، وفي : باب من أجاب بلبيك وسعديك ، من كتاب الاستئذان ، وفي : باب المكثرون هم المقلون ، وباب قول النبي ﷺ : « ما أحب أن لي مثل أحد ذهبا » ، من كتاب الرقاق ، وفي : باب كلام الرب مع جبريل ونداء الله الملائكة ، من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ٢ / ٨٩ ، ٩٠ ، ٧ / ١٩٢ ، ١٩٣ ، ٨ / ٧٥ ، ١١٧ ، ١١٨ ، ٩ / ١٧٤ . ومسلم ، في : باب من مات لا يشرك ... ، من كتاب الإيمان ، وفي : باب الترغيب في الصدقة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ١ / ٩٤ ، ٩٥ ، ٢ / ٦٨٨ ، ٦٨٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٥ / ١٥٢ ، ١٥٩ ، ١٦١ ، ١٦٦ .

(2) تقدم تخريجه في ١٦/٧٥ .

(3) في الأصل : « الشروط » .

المقنع

إِلَّا أَنْ تَكُونَ قَدْ وُجِدَتْ مِنْهُ فِي حَالِ زَوَالِ مِلْكِهِ ، فَهَلْ تَعُودُ بِعَوْدِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

فما أخذَه السَّيِّدُ حَسَبَه [١٢/٦ ظ] مِن المالِ ، فإذا كَمَل أداءُ المالِ ، عَتَق ، وما فَضَل فى يَدِه لسَيِّدِه ؛ لأَنَّه كَسْبُ عَبْدِه . وإن كان المُعَلَّقُ عِتْقُه أمَةً ، فوَلَدَتْ ، لم يَتْبَعْها وَلَدُها ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّها أمَةٌ قِنٌّ ، فأشْبَهَ ما لو قال : إن دَخَلْتِ الدّارَ فأنتِ حُرَّةٌ . ولا تَجِبُ عليها قِيمَةُ نَفْسِها ؛ لأنَّه عِتْقٌ مِن السَّيِّدِ ، فأشْبَهَ ما لو باشَرَ العِتْقَ .

فصل : إذا عَلَّقَ عِتْقَه بصِفَةٍ ، ثم باعَه ، ثم اشْتَراه ، ووُجِدَتِ الصِّفَةُ ، عَتَق . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعيُّ : فيها قوْلان ؛ أحَدُهما ، لا يَعْتِقُ ؛ لأنَّ مِلْكَه فيه مُتأخِّرٌ عن عَقْدِ الصِّفَةِ ، فلم يَقَعِ العِتْقُ فيه ، كما لو عَقَد الصِّفَةَ فى حالِ زوالِ مِلْكِه عنه . ولَنا ، أنَّه عَلَّقَ الصِّفَةَ فى مِلْكِه ، وتَحقَّقَ الشَّرْطُ فى مِلْكِه ، فوَجَبَ أن يَعْتِقَ ، كما لو لم يَزُلْ مِلْكُه عنه . وفارَقَ ما إذا عَلَّقَها فى حالِ زوالِ مِلْكِه ؛ لأنَّه لو نَجز العِتْقَ لم يَقَعْ ، فإذا عَلَّقه كان أوْلَى بعدَمِ الوُقوعِ ، بخِلافِ مسألَتِنا .

٢٩٣٤ – مسألة : (إلَّا أن تَكُونَ) الصِّفَةُ (وُجِدَتْ منه فى حالِ زَوالِ مِلْكِه ، فهل تَعُودُ بعَوْدِه ؟ على رِوايَتَيْن) إحْداهما ، لا تَعُودُ ؛ لأنَّها انْحَلَّتْ بوُجُودِها ، فلم تَعُدْ ، كما لو انْحَلَّتْ بوُجُودِها فى مِلْكِه . والثانِيَةُ ،

الإنصاف

قوله : فإنْ عادَ إليه ، عادَت الصِّفَةُ . إلَّا أنْ تكُونَ قد وُجِدَتْ منه فى حالِ زَوالِ مِلْكِه ، فهل تعُودُ بعَوْدِه ؟ على رِوايَتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و «الرِّعايتَيْن» ، و «الحاوِى

الشرح الكبير

تَعُودُ ؛ لأنَّه لم تُوجَدِ الصِّفَةُ التى يَعْتِقُ بها ، فأشْبَهَ ما لو عاد إلى مِلْكِه قبلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، ولأنَّ المِلْكَ مُقَدَّرٌ فى الصِّفَةِ ، فكأنَّه قال : إذا دَخلْتَ الدّارَ وأنتَ فى مِلْكِى فأنت حُرٌّ . ولم يُوجَدْ ذلك . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، فى الطَّلاقِ ، أنَّه يَقَعُ ؛ لأنَّ التَّعْلِيقَ والشَّرْطَ وُجِدَا فى مِلْكِه ، فأشْبَهَ ما لو لم يَتخَلَّلْهما دُخولٌ . ومَن نَصر الرِّوايَةَ الأُولَى قال : إنَّ العِتْقَ مُعلَّقٌ بشَرْطٍ لا يَقْتَضِى التَّكْرارَ ، فإذا وُجِد مَرَّةً انْحَلَّتِ اليَمِينُ ، وقد وُجِد الدُّخولُ فى مِلْكِ غيرِه فانْحَلَّتِ اليَمِينُ ، فلم يَقَعِ العِتْقُ به بعدَ ذلك ، ويفارِقُ العِتْقُ الطَّلاقَ مِن حيثُ إنَّ النِّكاحَ الثانِىَ يَنْبَنِى على النِّكاحِ الأوَّلِ ، بدَليلِ أنَّ طَلاقَه فى النِّكاحِ الأوَّلِ يُحْسَبُ عليه فى النِّكاحِ الثانِى ، ويَنْقُصُ به عَدَدُ طلاقِه ، والمِلْكُ باليَمينِ بخِلافِه .

الإنصاف

الصَّغيرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ؛ إحْداهما ، تعُودُ بعَوْدِه . وهو المذهبُ فيهما . نصَّ عليه . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . قال فى « القاعِدَةِ الأرْبَعِين » : أشْهَرُ الرِّوايتَيْن أنَّها تعُودُ بعَوْدِ المِلْكِ ، إذا وُجِدَتِ الصِّفَةُ بعدَ زَوالِ المِلْكِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « العُمْدَةِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « تَجْريدِ العِنايةِ » . وفرَّق القاضى بينَ الطَّلاقِ والعِتاقِ ؛ فإنَّ مِلْكَ الرَّقيقِ لا يَنْبَنِى فيه أحدُ المِلْكَيْنِ على الآخَرِ ، بخِلافِ النِّكاحِ ؛ فإنَّه يَنْبَنِى فيه أحدُ المِلْكَيْنِ على الآخَرِ فى عَدَدِ الطَّلاقِ ، على الصَّحيحِ . قال فى « القَواعِدِ » : وهذا التَّفْريقُ لا أثَرَ له ؛ إذْ لو كان مُعْتَبَرًا لم يُشْتَرَطْ لعَدَمِ الحِنْثِ وُجودُ الصِّفَةِ فى غيرِ المِلْكِ . انتهى . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، لا تَعودُ الصِّفَةُ . جزَم به أبو محمدٍ الجَوْزِىُّ فى « الطَّريقِ

المقنع

وَتَبْطُلُ الصِّفَةُ بِمَوْتِه .

فَإِنْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِى فَأَنْتَ حُرٌّ . أَوْ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِى بِشَهْرٍ . فَهَلْ يَصِحُّ وَيَعْتِقُ بِذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٩٣٥ – مسألة : (وتَبْطُلُ الصِّفَةُ بالمَوْتِ) لأنَّ مِلْكَه يَزُولُ بمَوْتِه ، فتَبْطُلُ تَصَرُّفاتُه بزَوالِه ، كالبَيْعِ .

٢٩٣٦ – مسألة : (فإن قال : إن دَخَلْتَ الدّارَ [١]فأنت حُرٌّ بعدَ مَوْتِى[١] . أو : أنت حُرٌّ بعدَ مَوْتِى بشَهْرٍ . فهل يَصِحُّ ويَعْتِقُ بذلك ؟ على روايتين) إذا قال : إن دَخَلْتَ الدّارَ بعدَ مَوْتِى فأنت حُرٌّ . لم تَنْعَقِدْ هذه الصِّفَةُ[٢] ؛ لأنَّه عَلَّقَ عِتْقَه على صِفَةٍ تُوجَدُ بعدَ زَوالِ مِلْكِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : إن دَخَلْتَ الدّارَ بعدَ بَيْعِى إيّاك فأنت حُرٌّ . ولأنَّه إعْتاقٌ له بعدَ قَرارِ مِلْكِ غيرِه عليه ، فلم يَعْتِقْ به ، كالمُنْجزِ . والثانيَةُ ، يَعْتِقُ . ذَكَرَه القاضى . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه صَرَّحَ بذلك ، فحُمِلَ عليه ، كما

الإنصاف

الأقْرَبِ » . قال فى « الفائقِ » : وهو أرْجَحُ . وقدَّمه فى « الخُلاصةِ » . وعنه ، لا تعُودُ الصِّفَةُ ، سواءٌ وُجِدَتْ حالَ زَوالِ مِلْكِه أوْ لا . حكاها الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، وذكَرَها مرَّةً قوْلًا .

قوله : وتبْطُلُ الصِّفَةُ بمَوْتِه . فإنْ قالَ : إنْ دخَلتَ الدَّارَ بعدَ مَوْتِى فأنْتَ حُرٌّ . أو : أنْتَ حُرٌّ بعدَ مَوْتِى بشَهْرٍ . فهل يصِحُّ ويَعْتِقُ ؟ على رِوايَتَيْن . ذكَر المُصَنِّفُ

(١ – ١) كذا فى النسخ الثلاث .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

لو وَصَّى بإعْتاقِه ، وكما لو وَصَّى ببيْعِ سِلْعةٍ ويُتصَدَّقُ[1] بثَمَنِها ، ويُفارِقُ التَّصَرُّفَ بعدَ البَيْعِ ؛ فإنَّ اللهَ تعالى جَعَل للإِنْسانِ التَّصَرُّفَ بعدَ مَوْتِه فى ثُلُثِه ، بخِلافِ ما بعدَ البَيْعِ . والأوَّلُ أصَحُّ ، إن شاء اللهُ تعالى . ويُفارِقُ الوَصِيَّةَ بالعِتْقِ [٦/١٣ و] وبَيْعَ السِّلْعَةِ ؛ لأنَّ المِلْكَ لا يَسْتَقِرُّ للوَرَثَةِ فيه ، ولا يَمْلِكُونَ التَّصَرُّفَ فيه ، بخِلافِ مَسْألَتِنا . وسَنَذْكُرُ ذلك بأبْسَطَ مِن هذا فى التَّدْبيرِ ، إن شاء اللهُ تعالى . وعنه ، يَصِحُّ ؛ لأنه إعْتاقٌ بعدَ الموتِ ، فصَحَّ ، كما لو قال : أنتَ حُرٌّ بعدَ مَوْتِى . فإن قال : أنت حُرٌّ بعدَ مَوْتِى بشَهْرٍ . فقد رُوِىَ عن أحمدَ فى رِوايَةِ مُهَنّا ، أنَّه لا يَعْتِقُ ، ولا تَصِحُّ هذه الصِّفَةُ . وقال أيضًا : سألتُ أحمدَ عن رجلٍ قال : أنتَ حُرٌّ بعدَ مَوْتِى

الإنصاف

مَسْألَتَيْن ؛ [٣/١٤٢ظ] الأُولَى ، إذا قال : إنْ دخَلْتَ الدَّارَ بعدَ مَوْتِى ، فأنْتَ حُرٌّ . وأطْلَقَ فيها رِوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم ؛ إحْداهما ، لا يصِحُّ ولا يَعْتِقُ بوُجودِ الشَّرْطِ . وهو الصَّحيحُ . صحَّحَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « النَّظْمِ » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يصِحُّ ويَعْتِقُ . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « البُلْغَةِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . فعلى هذه الرِّوايةِ ، لا يمْلِكُ الوارِثُ بَيْعَه قبلَ فِعْلِه ، كالمُوصَى به قبلَ قَبُولِه . قالَه جماعةٌ ، منهم صاحِبُ « التَّرْغيبِ » . واقْتَصَرَ عليه فى

---

(١) فى الأصل : « تصدق » .

الشرح الكبير

بشهرٍ ، بألْفِ دِرْهَمٍ . فقال لى[1] : هذا كُلُّه لا يكونُ شَيْئًا بعدَ مَوْتِه . وهذا اخْتِيارُ أبى بكرٍ . وذَكَر القاضى ، وابنُ أبى مُوسَى رِوايَةً أُخْرَى ، أنَّه يَعْتِقُ إذا وُجِدَتِ الصِّفتان[2] ؛ الموتُ ، ومُضِىُّ المُدَّةِ المذْكورةِ . وهذا قولُ الثَّوْرِىِّ ، وأبى يُوسُفَ ، وإسحاقَ . ووَجْهُهما ما تقدَّمَ . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : لا يَعْتِقُ حتى يُعْتِقَه الوارِثُ . وعلى قولِ مَن قال : يَعْتِقُ . يكونُ قبلَ العِتْقِ مِلْكًا للوارِثِ ، وكَسْبُه له ، كأُمِّ الوَلَدِ ، والمُدَبَّرِ فى حياةِ السَّيِّدِ ، [3]وإن كان أمَةً ، فوَلَدتْ قبلَ وُجودِ الصِّفَةِ[3] ، فوَلَدُها يَتْبَعُها فى التَّدْبيرِ ، ويَعْتِقُ بوُجُودِ الصِّفَةِ ، كَما تَعْتِقُ هى . واللهُ سبحانه أعلمُ .

الإنصاف

« الفُروعِ » . والمَسْأَلَةُ الثَّانيةُ ، إذا قال : أَنْتَ حُرٌّ بعدَ مَوْتِى بشَهْرٍ . فأَطْلَقَ المُصَنِّفُ فيها الرِّوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، فى بابِ التَّدْبيرِ ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، وغيرِهم ؛ إحْداهما ، يصِحُّ . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » . قال فى « الرِّعايتَيْن » : صحَّ فى الأصحِّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يصِحُّ ولا يَعْتِقُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » ، فى كتابِ العِتْقِ . وقدَّمه فى « الخُلاصةِ » ، فى بابِ التَّدْبيرِ . وجزَم به فى « الحاوِى الصَّغيرِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وغالِبُ الأصحابِ يذْكُرُ هذه المَسْأَلةَ فى بابِ المُدَبَّرِ .

---

(١) سقط من : م .
(٢) بعده فى م : « بعد » .
(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : إذا قال لعَبْدٍ له مُقَيَّدٍ : هو حُرٌّ إن حَلَّ قَيْدَهُ . ثم قال : هو حُرٌّ إن لم يَكُنْ فى قَيْدِه عَشَرةُ أرْطالٍ . فشَهِدَ شاهدان عندَ الحاكِمِ أنَّ وَزْنَ قَيْدِه خَمْسَةُ أرْطالٍ ، فحَكَمَ بعِتْقِه ، وأمَرَ بحَلِّ قَيْدِه ، فوُزِنَ فوُجِدَ وَزْنُهُ عَشَرَةَ أرْطالٍ ، عَتَق العبدُ بحَلِّ قَيْدِه ، وتَبَيَّنّا أنَّه ما عَتَق بالشَّرْطِ الذى حَكَم الحاكِمُ بعِتْقِه به . وهل يَلْزَمُ الشاهِدَيْن ضَمانُ قِيمَتِه ؟ فيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يَلْزَمُهما ؛ لأنَّ شهادَتَهما الكاذِبَةَ سَبَبُ عِتْقِه وإتْلافِه ، فضَمِناه ، كالشَّهادَةِ المَرْجُوعِ عنها ، ولأنَّ عِتْقَه حُكِم بحُكْمِ الحاكِمِ المَبْنِىِّ على الشَّهادَةِ الكاذِبَةِ ، فأشْبَهَ الحُكْمَ بالشَّهادَةِ التى يَرْجِعان عنها . وهذا قولُ أبى حنيفةَ . والثانى ، لا ضَمانَ عليهما . وهو قولُ أبى يُوسُفَ ، ومحمدٍ ؛ لأنَّ عِتْقَه لم يَحْصُلْ بالحُكْمِ المَبْنِىِّ على شهادَتِهما ، وإنَّما حَصَل بحَلِّ قَيْدِه ، ولم يَشْهَدا به ، فوَجَبَ أن لا يضْمَنا ، كما لو لم يَحْكُمِ الحاكِمُ .

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدُهما ، قال فى « فَوائدِ القَواعِدِ » : بَنَى طائفةٌ مِنَ الأصحابِ هاتَيْن الرِّوايتَيْن على أنَّ التَّدْبيرَ ، هل هو تَعْليقُ عِتْقٍ بصِفَةٍ ، أو وَصِيَّةٌ ؟ على ما يأْتِى فى بابِ التَّدْبيرِ . فإنْ قُلْنا : التَّدْبيرُ وَصِيَّةٌ . صَحَّ تَقْييدُها بصِفَةٍ أُخْرَى تُوجَدُ بعدَ المَوْتِ . وإنْ قُلْنا : عِتْقٌ بصِفَةٍ . لم يصِحَّ ذلك . وهؤلاءِ قالوا : لو صرَّح بالتَّعْليقِ ، فقال : إنْ دخَلْتَ الدَّارَ بعدَ مَوْتِى بشَهْرٍ ، فأنْتَ حُرٌّ . لم يَعْتِقْ ، رِوايَةً واحدةً . وهى طريقَةُ ابنِ عَقِيلٍ فى « إشارَتِه » . قال ابنُ رَجَبٍ : والصَّحيحُ أنَّ هذا الخِلافَ ليس مَبْنِيًّا على هذا الأصْلِ . وعلَّله ، وقال : ومِنَ الأصحابِ مَن جعَل هذا العَقْدَ تَدْبيرًا ، ومنهم مَن يَنْفِى ذلك ، ولهم فى حِكايةِ الخِلافِ فيه أرْبَعَةُ طُرُقٍ ، ذُكِرَتْ فى غيرِ هذا المَوْضِعِ . الثَّانِى ، على القَوْلِ بالصِّحَّةِ ، كَسْبُه بعدَ المَوْتِ وقبلَ

الشرح الكبير

فصل : وإن قال لعَبْدِه : أنت حُرٌّ متى شِئْتَ . لم يَعْتِقْ حتى يشاءَ بالقَوْلِ ، فمتى شاء عَتَق ، سواءٌ كان على الفورِ[1] أو التَّراخِى . وإن قال : أنت حُرٌّ إن شِئْتَ . فكذلك . ويَحْتَمِلُ أن يَقِفَ على المَجْلِسِ ؛ لأنَّ ذلك بمَنْزِلَةِ التَّخْيِيرِ ، ولو قال لامْرَأتِه : اخْتارِى نَفْسَكِ . لم يَكُنْ لها الاخْتِيارُ إلَّا على الفورِ[2] ، فإن تراخَى ذلك بَطل خِيارُها ، كذا تَعْلِيقُه بالمَشِيئَةِ . وإن قال : أنتَ حُرٌّ كيفَ شِئْتَ . احْتَمَلَ أن يَعْتِقَ فى الحالِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ « كيف » لا[3] تَقْتَضِى شَرْطًا ولا وَقْتًا ولا مَكانًا ، فلا تَقْتَضِى تَوْقِيفَ العِتْقِ ، وإنَّما هى صِفَةٌ للحالِ ، فتَقْتَضِى[4]

الإنصاف

وُجودِ الشَّرْطِ للوَرَثَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم . ووَجَّهَ فى « القَواعِدِ » أنَّ كَسْبَه له[5] ، مِن تَصْرِيحِ صاحبِ « المُسْتَوْعِبِ » ، أنَّ العَبْدَ باقٍ على مِلْكِ المَيِّتِ ، لا يَنْتَقِلُ إلى الوَرَثَةِ ، كالمُوصَى بعِتْقِه .

فائدة : وكذا الحُكْمُ ، خِلافًا ومذهبًا ، لو قال : اخْدُمْ زَيْدًا سنَةً بعدَ مَوْتِى ، ثم أنْتَ حُرٌّ . فعلى الصِّحَّةِ ، لو أَبْرَأَه زَيْدٌ مِنَ الخِدْمَةِ ، عتَقَ مِن حِينِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يَعْتِقُ إلَّا بعدَ سنَةٍ . فإنْ كانتِ الخِدْمَةُ لبِيْعَةٍ وهما كافِران ، فأَسْلَمَ العَبْدُ ، ففى لُزومِ القِيمَةِ عليه لبَقِيَّةِ الخِدْمَةِ رِوايَتان . ذكَرَهما ابنُ

---

(١) فى الأصل : « القول » .

(٢) فى الأصل : « الفوت » .

(٣) فى م : « إلا » .

(٤) فى الأصل : « فتفضى » .

(٥) سقط من : ط .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِى . فَدَخَلَهَا فِى حَيَاةِ السَّيِّدِ ، صَارَ مُدَبَّرًا ، وَإِلَّا فَلَا .

الشرح الكبير

وُقُوعَ الحُرِّيَّةِ على أىِّ حالٍ كان . ويَحْتَمِلُ أن لا يَعْتِقَ حتى يشاءَ . وهو قولُ أبى يُوسُفَ ، ومحمدٍ ؛ لأنَّ المَشِيئَةَ تَقْتَضِى الخِيارَ ، فتَقْتَضِى أن لا[1] يَعْتِقَ قبلَ اخْتِيارِه ، كما لو قال : أنت حُرٌّ متى شِئْتَ . لأنَّ « كيف » تُعْطِى ما تُعْطِى « متى »[2] ، و « أىَّ » ، فحُكْمُهما حُكْمُها . وقد ذَكَر أبو الخَطّابِ فى الطَّلاقِ ، أنَّه إذا قال [١٣/٦ ظ] لزَوْجَتِه : أنتِ طالقٌ متى شِئْتِ ، وكيفَ شِئْتِ ، وحيثُ شِئْتِ . لم تَطْلُقْ حتى تشاءَ ، فيَجِىءُ هٰهُنا مِثْلُه .

٢٩٣٧ – مسألة : (وإن قال : إن دَخَلْتَ الدّارَ فأنت حُرٌّ بعدَ مَوْتِى . فدَخَلَ فى حَياةِ السَّيِّدِ ، صار مُدَبَّرًا) لأنَّه وُجِد شَرْطُ التَّدْبِيرِ ،

الإنصاف

أبى مُوسى . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ إحْداهما ، لا تلْزَمُه ، ويَعْتِقُ مجَّانًا . جزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وهو الصَّوابُ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، تلْزَمُه . ولو قال لجارِيَتِه : إذا خدَمْتِ ابْنِى حتى يسْتَغْنِىَ فأنْتِ حُرَّةٌ . لم تَعْتِقْ حتى تَخْدُمَه إلى أنْ يَكْبَرَ ويَسْتَغْنِىَ عن الرَّضاعِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال ابنُ أبى مُوسى : لا تَعْتِقُ حتى يسْتَغْنِىَ عن الرَّضاعِ ، وعن أنْ يُلْقَمَ الطَّعامَ ، وعن التَّنَجِّى مِنَ الغائطِ . نقَل مُهَنَّا ، لا تَعْتِقُ حتى يسْتَغْنِىَ . قلت : حتى يحْتَلِمَ ؟ قال : لا ، دُونَ الاحْتِلامِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « حتى » .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : إِنْ مَلَكْتُ فُلَانًا فَهُوَ حُرٌّ . أَوْ : كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ . فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

وهو دُخولُ الدّارِ . وإن لم يَدْخُلْ حتى مات بَطَلَتِ الصِّفَةُ ؛ لأنَّه يَزُولُ به المِلْكُ ، و لم يُوجَدِ التَّدبيرُ ؛ لعدَمِ شَرْطِه . وسَنَذكُرُ ذلك فى التَّدْبيرِ (١بأَبْسَطَ مِن هذا١) ، إن شاء اللهُ تعالى .

٢٩٣٨ – مسألة : (وإذا قال : إن مَلَكْتُ فُلانًا فهو حُرٌّ . أو : كلُّ مملُوكٍ أَمْلِكُه فهو حُرٌّ . فهل يَصِحُّ ؟ على روايتين) إحْداهما ، لا يَصِحُّ ، ولا يَعْتِقُ . رُوِىَ ذلك عن ابنِ عباسٍ . وبه قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، وعطاءٌ ، وعُرْوَةُ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . ورَواه التِّرْمِذِىُّ ، عن علىٍّ ، وجابرِ بنِ عبدِ اللهِ ، وعلىِّ بنِ الحسينِ ، وشُرَيْحٍ ، وغيرِ واحدٍ مِن التّابِعِين ، قال : وهو قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ لِما رَوَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ ، ولا طَلَاقَ لابنِ آدَمَ فِيما لا يَمْلِكُ »(٢) . قال

الإنصاف

قوله : وإنْ قالَ : إنْ مَلَكْتُ فُلانًا فهو حُرٌّ . أَوْ : كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فهو حُرٌّ . فهل يصِحُّ ؟ على رِوايَتَيْن . وأطْلَقَهما فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الهِدَايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ؛ إحْداهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المَشْهورُ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ،

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه فى ٣٢٣/١١ .

الشرح الكبير

التِّرْمِذِىُّ: وهو حديثٌ حسنٌ، وهو أحسنُ ما رُوِىَ فى هذا البابِ. وعن عائشةَ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال: «لا طَلَاقَ فِيمَا لا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ وإنْ عَيَّنَها». رواه الدّارَقُطْنِىُّ[1]. وعن علىٍّ [2]بن أبى طالبٍ[2]، رَضِىَ اللهُ عنه، عن النبىِّ ﷺ قال: «لَا طَلَاقَ قَبْلَ نِكَاحٍ»[3]. قال أحمدُ: هذا عن النبىِّ ﷺ وعِدَّةٍ مِن الصَّحابَةِ. ولأنَّه قولُ مَن سَمَّيْنا مِن الصَّحابَةِ، ولم نَعْرِفْ لهم مخالفًا، فكان إجْماعًا. وهذا ظاهِرُ المَذْهبِ. ولأنَّه لا يَمْلِكُ تنجيزَ[4] العِتْقِ، فلمْ يَمْلِكْ تَعْلِيقَه، ولأنَّ النبىَّ ﷺ قال: «لَا عِتْقَ قَبْلَ مِلْكٍ». رَواه أبو داودَ الطيالِسِىُّ[5]. والثانِيَةُ، يَعْتِقُ إذا مَلَكَه؛ لأنَّه أضافَ العِتْقَ إلى حالٍ يَمْلِكُ عِتْقَه فيه، فأشْبَهَ ما لو كان التَّعْلِيقُ فى

الإنصاف

المُخْتارُ لعامَّةِ الأصحابِ، حتى إنَّ بعضَهم لا يُثْبِتُ ما يُخالِفُه. قال فى «القَواعِدِ»: هذا المَشْهورُ مِنَ المذهبِ. قال القاضى وغيرُه: اخْتارَه أصحابُنا، ونقَلَه الجماعةُ عنِ الإمامِ أحمدَ، رَحِمَه اللهُ. قال فى «الرِّعايتَيْن»، و «الفائقِ»: صحَّ فى أصحِّ الرِّوايتَيْن. قال أبو بَكْرٍ فى «الشّافِى»: لا يخْتَلِفُ قوْلُ أبِى عَبْدِ اللهِ فيه، إلَّا ما رَوَى محمدُ بنُ الحَسَنِ بنِ هارُونَ فى العِتْقِ، أنَّه لا

(١) أخرجه بهذا اللفظ الدارقطنى عن معاذ وليس عن عائشة، فى كتاب الطلاق. سنن الدارقطنى ٤/١٧. وأخرجه عن عائشة وليس فيه: «وإن عينها». سنن الدارقطنى ٤/١٥، ١٦.

(٢ - ٢) سقط من: م.

(٣) أخرجه ابن ماجه، فى: باب لا طلاق قبل النكاح، من كتاب الطلاق. سنن ابن ماجه ١/٦٦٠. قال فى الزوائد: إسناده ضعيف لاتفاقهم على ضعف جويبر بن سعيد.

(٤) فى م: «بتخيير».

(٥) فى: باب حكم من علّق الطلاق قبل النكاح ...، من كتاب الطلاق. ترتيب مسند أبى داود الطيالسى ١/٣١٤.

الشرح الكبير

مِلْكِه . ورَوَى أبو طالبٍ ، عن أحمدَ ، أنَّه قال : (1)إذا قال(1) : إنِ اشتريتُ هذا الغُلامَ فهو حُرٌّ . فاشتراهُ ، عَتَق . قال أبو بكرٍ فى كتابِ « الشَّافى » : لا يَخْتَلِفُ قولُ أبى عبدِ اللهِ أنَّ العَتاقَ يَقَعُ ، إلَّا ما رَوَى محمدُ بنُ الحسنِ ابنِ هارونَ فى العِتْقِ ، أنَّه لا يَقَعُ ، وما أَرَاه إلَّا غلَطًا ، فإن كان قد حَفِظ فهو قَوْلٌ آخَرُ . ولأنَّه لو قال لأمَتِه : أوَّلُ وَلدٍ تَلِدِينَه فهو حُرٌّ . فإنه يَصِحُّ ، كذلك هذا . وهو قولُ الثَّوْرِىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ على الأخْطارِ ، فصَحَّ تَعْلِيقُه على حُدُوثِ المِلْكِ ، كالوَصِيَّةِ ، والنَّذْرِ ، واليَمِينِ . وقال مالكٌ : إن خَصَّ جِنْسًا مِن الأجْناسِ أو عَبْدًا بعَيْنِه ، عَتَق إذا مَلَكَه ، وإن قال : كُلُّ عَبْدٍ أمْلِكُه . لم يَصِحَّ . والأوَّلُ أصَحُّ ، إن شاء اللهُ تعالى ؛ لأنَّه تَعْلِيقُ العِتْقِ قبلَ المِلْكِ ، فأشْبَهَ ما لو قال لأمَةِ غيرِه : إن دَخَلْتِ الدّارَ فأنتِ حُرَّةٌ . ثم مَلَكَها ودَخَلَتِ الدّارَ ، ولِما ذَكَرْنا مِن الأحادِيثِ . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

يَعْتِقُ . وما أُراه إلَّا غَلَطًا . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الخُلاصةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يصِحُّ . قال المُصَنِّفُ والشَّارِحُ : هذا ظاهِرُ المذهبِ . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وتقدَّم ، [١٤٢/٣و] إذا علَّقَ عِتْقَ عَبْدِه على بَيْعِه ، فى أَواخِرِ بابِ الشُّروطِ فى البَيْعِ [(٢)] .

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) انظر ما تقدم فى

المقنع وَإِنْ قَالَهُ الْعَبْدُ لَمْ يَصِحَّ ، فِى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٩٣٩** – مسألة : فإن قال العَبْدُ ذلك ثم عَتَق ومَلَك ، عَتَق فى أحَدِ الوَجْهَيْن ، قِياسًا على الحُرِّ . والثانى ، [٦/١٤ و] لا يَعْتِقُ . وهو الصَّحِيحُ ؛ لأنَّ العَبْدَ لايَصِحُّ العِتْقُ منه حينَ التَّعْلِيقِ ؛ لكَوْنِه لا يَمْلِكُ ، وإنْ مَلَك فهو مِلْكٌ ضَعِيفٌ غيرُ مُسْتَقِرٍّ ، لا يَتَمَكَّنُ مِن التَّصرُّفِ فيه ، وللسَّيِّدِ انْتِزاعُه منه ، بخِلافِ الحُرِّ .

الإنصاف **فائدة** : لو باعَ أمَةً بعَبْدٍ على أنَّ له الخِيارَ ثلاثًا ، ثم قال فى مُدَّةِ الخِيارِ : هما حُرَّانِ . قال فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » : لا أَعْرِفُ فيها نصًّا عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وقِياسُ المذهبِ عندِى ، أنَّه يَعْتِقُ العَبْدُ خاصَّةً ؛ لأنَّ عِتْقَه للأمَةِ يتَرَتَّبُ على فَسْخِ البَيْعِ ، وعِتْقَه للعَبْدِ لا يَتَرَتَّبُ على واسِطَةٍ ، فيكونُ العِتْقُ إلى العَبْدِ أسْبَقَ ، فيجِبُ أنْ يَعْتِقَ ، ولا تَعْتِقَ الأمَةُ . انتهى . قلتُ : يَنْبَغِى أنْ ينْبَنِيَ ذلك على انْتِقالِ المِلْكِ فى مدَّةِ الخيارِ وعدَمِه ؛ فإنْ قُلْنا : ينْتَقِلُ . عتَق العبدُ ، وإنْ قُلْنا : لا ينْتَقِلُ . عتَقَتِ الأمَةُ .

قوله : وإنْ قاله العَبْدُ لم يَصِحَّ ، فى أَصَحِّ الوَجْهَيْن . يعْنِى ، إذا قال العَبْدُ : إنْ مَلَكْتُ فُلانًا فهو حُرٌّ . أو : كلُّ مَمْلوكٍ أمْلِكُه فهو حُرٌّ . ثم عتَق وملَك ، على القَوْلِ بصِحَّتِه مِنَ الحُرِّ . وهذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وصحَّحه فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الخُلاصةِ » ، و « النَّظْمِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يصِحُّ . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . قال فى « الهِدايَةِ » : فإذا قال العَبْدُ ذلك ، ثم عتَق وملَك مَماليِكَ ، فعلى الرِّوايَةِ التى تقولُ : تنْعَقِدُ الصِّفَةُ للحُرِّ . هل تنْعَقِدُ له هذه الصِّفَةُ ؟ على وَجْهَيْن .

الشرح الكبير

فصل : إذا قال الحُرُّ : أوَّلُ غُلامٍ أمْلِكُه فهو حُرٌّ . انبَنَى ذلك على العِتْقِ قبلَ المِلْكِ ، وفيه رِوَايتان ذَكرْناهما ، فإن قُلْنا : يَصِحُّ عِتْقُ أوَّلِ مَن يَمْلِكُه لوُجُودِ الشَّرْطِ . فإن مَلَك اثنَيْن معًا ، عَتَق أحَدُهما بالقُرْعَةِ ، فى قِياسِ قولِ أحمدَ ، فإنَّه قال ، فى روايةِ مُهَنّا : إذا قال : أوَّلُ مَنْ يَطْلُعُ مِن عبيدِى فهو حرٌّ . فطَلَعَ اثْنان[1] ، أو جَميعُهم ، فإنَّه يُقْرَعُ بينَهم . ويَحْتَمِلُ أن يَعْتِقَا جميعًا ؛ لأنَّ الأوَّلِيَّةَ وُجِدَتْ فيهما جَمِيعًا ، فَثَبَتَتِ الحُرِّيَّةُ فيهما ، كما لو قال فى المُسابَقَةِ : مَن سَبَق فله عَشرةٌ . فَسَبَقَ اثنان ، اشْتَرَكا فى العشرةِ . وقال النَّخَعِىُّ : يُعْتِقُ أيَّهما شاء . وقال أبو حنيفةَ : لا يَعْتِقُ واحدٌ منهما ؛ لأنَّه لا أوَّلَ فيهما ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما مُساوٍ للآخَرِ ، ومِنْ شَرْطِ الأوَّلِيَّةِ سَبْقُ الأوَّلِ . ولَنا ، أنَّ هذَيْن لم يَسْبِقْهُما غيرُهما ، فكانا أوَّلَ ، كالواحدِ ، وليس مِن شَرْطِ الأوَّلِ أن يَأْتِىَ بعدَه ثانٍ ، بدليلِ ما لو مَلَك واحِدًا و لم يَمْلِكْ بعدَه شيئًا ، وإذا وُجدَتِ الصِّفَةُ فيهما ، فإمّا أن يَعْتِقا جميعًا ، أو يَعْتِقَ أحَدُهما ، وتُعَيِّنُه القُرْعةُ ، على ما نَذكُرُه بعدُ[2] . وكذلك الحكمُ فيما إذا قال : أوَّلُ ولَدٍ تَلدِينَه فهو حُرٌّ . فولَدَتِ اثْنَيْن خَرَجا معًا .

الإنصاف

فائدة : لو قال : أوَّلُ عَبْدٍ أمْلِكُه فهو حُرٌّ . وقُلْنا بصِحَّةِ تعْليقِ العِتْقِ على المِلْكِ ، فلم يَمْلِكْ إلَّا واحِدًا فقط ، عتَقَ عليه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قطَع به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . ذكَراه فى تَعْليلِ ما إذا ملَك اثْنَيْن معًا . وقيل :

---

(١) بعده فى م : « منهم » .

(٢) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : آخِرُ مَمْلُوكٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ . وَقُلْنَا بِصِحَّةِ الصِّفَةِ ، فَمَلَكَ عَبِيدًا ، ثُمَّ مَاتَ ، فَآخِرُهُمْ حُرٌّ مِنْ حِينِ الشِّرَاءِ ، وَكَسْبُهُ لَهُ .

الشرح الكبير

٢٩٤٠ – مسألة : (فإن قال : آخِرُ مملوكٍ أشْتَرِيه فهو حُرٌّ . فمَلَكَ عَبِيدًا) لم (١)يُحْكَمْ بعِتْقِ(١) واحدٍ منهم حتى يَمُوتَ ؛ لأنَّه ما دام حَيًّا فهو(٢) يَحْتَمِلُ أن يَشْتَرِىَ عبدًا يكونُ هو الآخِرَ ، فإذا مات عَتَق آخِرُهُم ، وتَبَيَّنَّا أنه كان حُرًّا حينَ مَلَكَه ، فيكونُ اكْتِسابُه له . وإن كان أمَةً ، كان أولادُها أحرارًا مِن حينَ وَلَدَتْهُم ؛ لأنَّهم أولادُ حُرَّةٍ ، وإن كان وَطِئَها فعليه مَهْرُها ؛ لأنَّه وَطِئَ حُرَّةً أجْنَبِيَّةً ، ولا يَحِلُّ له أن يَطَأَها إذا اشْتَراها حتى يَشْتَرِىَ بعدَها غيرَها ؛ لأنَّه ما لم يَشْتَرِ بعدَها غيرَها ، فهى آخِرٌ فى الحالِ ، وإنَّما يَزُولُ ذلك بشِراءِ غيرِها ، فوَجَبَ أن يَحْرُمَ الوَطْءُ . وإنِ اشْتَرَى اثْنَيْن دَفْعةً واحدةً ، ثم مات ، فالحُكْمُ فى عِتْقِهِما كالحُكْمِ فيما إذا مَلَكَ اثْنَيْن فى الفصلِ الذى قَبْلَه .

الإنصاف

لا يَعْتِقُ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . ويأْتِى قريبًا ، إذا ملَك اثْنَيْن معًا .

قوله : وإنْ قالَ : آخِرُ مَمْلُوكٍ أَشْتَرِيهِ فهو حُرٌّ . وقُلْنا بصِحَّةِ الصِّفَةِ ، فملَك عَبيدًا ، ثم ماتَ ، فآخِرُهم حُرٌّ مِن حينِ الشِّراءِ ، وكَسْبُه له . وقد عَلِمْتَ أنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ ، صِحَّةُ الصِّفَةِ عندَ قوْلِه : وإنْ قال : إنْ مَلَكْتُ فُلانًا فهو حُرٌّ . أو : كُلُّ مَمْلوكٍ أمْلِكُه فهو حُرٌّ .

(١ – ١) فى م : « يعتق » .

(٢) فى م : « فإنه » .

الشرح الكبير

فصل : إذا قال : أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَه فهو حُرٌّ . فوَلَدَتِ اثْنَيْن ، وأشْكَلَ أوَّلُهُما خُرُوجًا ، أُخْرِجَ بالقُرْعَةِ ، كالتى قبلَها . فإن عُلِم أوَّلُهما خُرُوجًا عَتَق وَحْدَه . وهو قولُ مالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى هاشمٍ[(1)] ، والشافعىِّ ، وابْنِ المُنْذِرِ . وقال الحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، وقَتادَةُ : إذا وَلَدَتْ وَلَدَيْن فى بَطْنٍ فهما حُرّانِ . ولَنا ، أنَّه إنَّما أعْتَقَ الأوَّلَ ، والذى خَرَج سابِقًا هو الأوَّلُ مِن المَوْلُودَيْن ، فاخْتَصَّ العِتْقُ به[(2)] ، كما لو وَلَدَتْهُما فى بَطْنَيْن . فإن وَلَدَتِ الأوَّلَ ميِّتًا والثانِىَ حَيًّا ، فذَكَرَ الشريفُ ، أنَّه يَعْتِقُ الحىُّ منهما . وبه قال أبو حنيفةَ . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ ، والشافعىُّ : لا يَعْتِقُ واحدٌ منهما . وهو الصَّحيحُ . قاله شَيْخُنا[(3)] ؛ لأنَّ شَرْطَ العِتْقِ إنَّما [١٤/٦ ظ]

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو قال : آخِرُ مَمْلُوكٍ أشْتَرِيهِ فهو حُرٌّ . فملَك أمَةً ثم ملَك أُخْرَى ، لم يجُزْ له وَطْءُ الثَّانيَةِ ؛ لاحْتِمالِ أنْ لا يشْتَرِىَ غيرَها ، فتَكونَ حُرَّةً مِن حينِ اشْتَراها . ذكَرَه الأصحابُ . الثَّانيةُ ، لو كان آخِرُ مَن اشْتَرى مَملوكَيْن معًا ، أو علَّق العِتْقَ على أوَّلِ مَمْلوكٍ ملَكَه ، فمَلَكَهما معًا ، أو قال لأمَتِهِ : أوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ فهو حُرٌّ . فولَدَتْ وَلَدَيْن خرَجا معًا ، فقيل : يَعْتِقان . [(4)]قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وقالا : هذا قِياسُ قوْلِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ[(4)] . وقيل : لا يَعْتِقان . وقيل : يَعْتِقُ واحدٌ بالقُرْعَةِ . وهو الصَّحيحُ مِنَ

---

(١) أبو هاشم الرمانى الواسطى ، يحيى بن دينار ، واختلف فى اسم أبيه ، فقيه ، صدوق ، ثقة ، توفى سنة اثنتين وعشرين ومائة . تهذيب التهذيب ١٢ / ٢٦١ .

(٢) بعده فى م : « فهو » .

(٣) فى : المغنى ١٤/٨٠٤ .

(٤ - ٤) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

وُجد فى المَيِّتِ ، وليس بمَحَلٍّ للعِتْقِ ، فانْحَلَّتِ اليَمِينُ به . وإنَّما قُلْنا : إنَّ شَرْطَ العِتْقِ وُجِدَ فيه ؛ لأنَّه أوَّلُ وَلَدٍ ، بدَلِيلِ أنَّه إذا قال لأمَتِه : إذا وَلَدْتِ فأنتِ حُرَّةٌ . فوَلَدَتْ وَلَدًا مَيِّتًا ، عَتَقَتْ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّ العِتْقَ يَسْتَحِيلُ فى المَيِّتِ ، فتَعَلَّقَتِ اليَمِينُ بالحَىِّ ، كما لو قال : إن ضَرَبْتَ فُلانًا فعَبْدِى حُرٌّ . فضَرَبَه حَيًّا ، عَتَق ، وإن ضَرَبَه مَيِّتًا لم يَعْتِقْ . ولأنَّه معلومٌ مِن طَرِيقِ العادةِ أنَّه قَصَد عَقْدَ يَمِينِه على وَلَدٍ يَصِحُّ العِتْقُ فيه ، وهو أن يكونَ حَيًّا ، فتصيرُ الحياةُ مَشْرُوطَةً فيه ، فكأنَّه قال : أوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَه حَيًّا .

فصل : فإن قال لأمَتِه : كلُّ ولَدٍ تَلِدِينَه فهو حُرٌّ . عَتَق كلُّ وَلَدٍ وَلَدَتْه ، فى قولِ جُمْهورِ العلماءِ ؛ منهم مالكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، واللَّيْثُ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ . قال ابنُ المُنْذِرِ : لا أحْفَظُ[1] عن غيرِهم خِلافَهم . فإن باع الأمَةَ ، ثم وَلَدَتْ ، لم يَعْتِقْ وَلَدُها ؛ لأنَّها وَلَدَتْهم بعدَ زوالِ مِلْكِه .

الإنصاف

المذهبِ . صحَّحَه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . ذكَراه فيما إذا علَّقَ العِتْقَ على أوَّلِ مَمْلوكٍ يمْلِكُه ، فملَك اثْنَيْن معًا . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ أيضًا فى « شَرْحِه » ، وقال : نصَّ عليه . نقَله مُهَنَّا فى أوَّلِ غُلامٍ يطْلُعُ أو امْرَأةٍ تطْلُعُ ، فهو حُرٌّ ، أو طالِقٌ . وذكَر المُصَنِّفُ لَفْظَ الرِّوايَةِ : أوَّلُ مَن يطْلُعُ مِن عَبِيدِى . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » ، وفى « مُخْتَصَرِ ابنِ رَزِينٍ » ، فى الطَّلاقِ . ولو علَّقَه بأوَّلِ مَن يقومُ ، فقُمْنَ معًا ، طَلُقْنَ . وفى مُنْفَرِدَةٍ به وَجْهٌ . قال فى « الفُروعِ » : كذا قال .

---

(١) فى الأصل : « يحفظ » .

المقنع

وَإِنْ قَالَ لِأَمَتِهِ : آخِرُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ فَهُوَ حُرٌّ . فَوَلَدَتْ [١٩٣و] حَيًّا ثُمَّ مَيِّتًا ، لَمْ يَعْتِقِ الْأَوَّلُ . وَإِنْ وَلَدَتْ مَيِّتًا ثُمَّ حَيًّا عَتَقَ الثَّانِى . وَإِنْ وَلَدَتْ تَوْأَمَيْنِ ، فَأَشْكَلَ الْآخِرُ مِنْهُمَا ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا .

الشرح الكبير

٢٩٤١ – مسألة : (فإن قال لأمَتِه : آخِرُ وَلَدٍ تَلدِينَه فهو حرٌّ . فوَلَدَتْ حَيًّا ثم مَيِّتًا ، لم يَعْتِقِ الأوَّلُ) لأنَّه لم يُوجَدْ شَرْطُ عِتْقِه ، وعلى قِياسِ قولِ الشريفِ ، وأبى حنيفةَ ، فيما إذا قال : أوَّلُ وَلَدٍ تَلدِينَه ، فهو حُرٌّ . فوَلَدَتْ مَيِّتًا ثُمَّ حَيًّا ، يَعْتِقِ الحىُّ (وإن وَلَدَتْ مَيِّتًا ثم حَيًّا ، عَتَق الثانى) لوُجُودِ شَرْطِه (وإن وَلَدَتْ تَوْأَمَيْن ، فأشْكَلَ الآخِرُ منهما ، [1]أُقْرِعَ بينَهما) لأنَّ[1] أحَدَهما اسْتَحَقَّ العِتْقَ ، و لم يُعْلَمْ[2] بعَيْنِه ، فوَجَبَ إخْراجُه بالقُرْعَةِ ، وسيأْتِى ذلك ، إن شاء اللهُ تعالى .

الإنصاف

قوله : وإنْ قالَ لأَمَتِه : آخِرُ وَلَدٍ تَلِدِينَه فهو حُرٌّ . فولدَتْ حَيًّا ، ثم مَيِّتًا ، لم يَعْتِقِ الْأَوَّلُ . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » . وقيل : يَعْتِقُ . وهو قِياسُ قوْلِ القاضى ، والشَّريفِ أبى جَعْفَرٍ . وقدَّمه فى « الفائقِ » . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » .

فائدة : وكذا الحُكْمُ والخِلافُ ، لو قال لأمَتِه : أوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَه فهو حُرٌّ . أو قال : إذا وَلَدْتِ وَلَدًا فهو حُرٌّ . فوَلَدَتْ مَيِّتًا ثم حيًّا ، بل جعَلُوا هذه أصْلًا لتِلْك . وصحَّحَ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » عدَمَ العِتْقِ . وجزَم به فى « المُذْهَبِ »

(١ – ١) فى م : « فإن » .

(٢) فى م : « يعتق » .

الإنصاف وغيرِه . وهو المذهبُ . وقال القاضى ، والشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ : يعْتِقُ الحَىُّ منهما . وقدَّمه فى « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . واقْتَصَرَ عليه فى « المُسْتَوْعِبِ » .

قوله : وإنْ ولَدَتْ تَوْأَمَيْن ، فأَشْكَلَ الآخِرُ منهما ، أُقْرِعَ بينَهما . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « النَّظْمِ »، و « الرِّعايةِ الكُبْرَى »، و « الحاوِى » . وقَدَّمه فى « الفُروعِ » . وعنه ، يَعْتِقان . واخْتارَ فى « التَّرْغيبِ » ، أنَّ مَعْناهما أنَّ أمَدَ مَنْعِ السَّيِّدِ منهما ، هل هو القُرْعَةُ أو الانْكِشافُ ؟ وكذا الحُكْمُ إنْ عيَّنَه ثم نَسِيَه . قالَه فى « الرِّعايةِ » وغيرِه .

فائدة : لو قال : أوَّلُ غُلامٍ لى يطْلُعُ فهو حُرٌّ . فطلَع عَبِيدُه كُلُّهم ، أو قال لزَوْجاتِه : أيَّتُكُنَّ طلَع أوَّلًا ، فهى طالِقٌ . فطَلَعْنَ كلُّهُنَّ ، فنصَّ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّه يُمَيَّزُ واحِدٌ مِنَ العَبِيدِ وامْرأةٌ مِنَ الزَّوْجاتِ بالقُرْعَةِ ، فى رِوايَةِ مُهَنَّا . واخْتَلَفَ الأصحابُ فى هذا النَّصِّ ؛ فمِنهم مَن حمَلَه على أنَّ طُلُوعَهم كان مُرَتَّبًا ، وأشْكَلَ السَّابِقُ . ومنهم مَن أقرَّ [٣/١٤٢ظ] النَّصَّ على ظاهِرِه وأنَّهم طَلَعُوا دَفْعَةً واحدَةً ، وقال : صِفَةُ الأوَّلِيَّةِ شامِلَةٌ لكُلِّ واحدٍ منهم بانْفِرادِه ، والمُعْتِقُ إنَّما أرادَ عِتْقَ واحدٍ منهم ، فيُمَيَّزُ بالقُرْعَةِ . وهى طريقَةُ القاضى فى « خِلافِه » . ومنهم مَن قال : يَعْتِقُ ويَطْلُقُ الجميعُ ؛ لأنَّ الأوَّلِيَّةَ صِفَةٌ لكُلِّ واحدٍ منهم ، ولَفْظَه صالِحٌ للعُمومِ ؛ لأنَّه مُفْرَدٌ مُضافٌ . أو يقالُ : الأوَّلِيَّةُ صِفَةٌ للمَجْموعِ لا للأفْرادِ . وهو الذى ذكَرَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، فى الطَّلاقِ . ومنهم مَن قال : لا يَعْتِقُ ولا يَطْلُقُ أحدٌ منهم ؛ لأنَّ الأوَّلَ لا يكونُ إلَّا فَرْدًا لا تعَدُّدَ فيه ، والفَرْدِيَّةُ مُشْتَبِهَةٌ هنا . وهو الذى ذكَرَه القاضى وابنُ عَقِيلٍ فى الطَّلاقِ ، والسَّامَرِّىُّ ، وصاحِبُ

المقنع

وَلَا يَتْبَعُ وَلَدُ الْمُعْتَقَةِ بِالصِّفَةِ أُمَّهُ فِي الْعِتْقِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا بِهِ حَالَ عِتْقِهَا ، أَوْ حَالَ تَعْلِيقِ عِتْقِهَا .

الشرح الكبير

٢٩٤٢ – مسألة : (ولا يَتْبَعُ وَلَدُ المُعْتَقَةِ بالصِّفَةِ أُمَّه في العِتْقِ ، في أصَحِّ الوَجْهَيْن ، إلَّا أن تكونَ حامِلًا به حالَ عِتْقِها ، أو حالَ تَعْلِيقِ عِتْقِها) إذا عَلَّقَ عِتْقَ أَمَتِه[1] بصِفَةٍ وهي حامِلٌ ، تَبِعَها ولَدُها في ذلك ؛ لأنَّه كعُضْوٍ مِن أعضائِها ، فإن وضَعَتْه قبلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، ثم وُجِدَتِ الصِّفَةُ ، عَتَق ؛ لأنَّه تابعٌ في الصِّفَةِ ، فأشْبَهَ ما لو كان في البَطْنِ . وإن كانتْ حائِلًا حينَ التَّعْلِيقِ ، ثم وُجِدَتِ الصِّفَةُ وهي حامِلٌ ، عَتَقَتْ هي وحَمْلُها ؛ لأنَّ العِتْقَ وُجِدَ فيها وهي حامِلٌ ، فتَبِعَها ولَدُها ، كالمُنْجَزِ . فإن حَمَلَتْ بعدَ التَّعْلِيقِ ، ووَضَعَتْ[2] قبلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، ثم وُجِدَتْ بعدَ ذلك ، لم يَعْتِقِ

الإنصاف

« الكافِي » . قال في « القَواعِدِ » : ويَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ ، وهو أنَّه إنْ طلَع بعدَهم غيرُهم مِن عَبِيدِه وزَوْجاتِه ، طَلُقْنَ وعَتَقْنَ ، وإلَّا فلا ؛ بِناءً على أنَّ الأوَّلَ هو السَّابِقُ لغيرِه ، فلا يكونُ أوَّلًا حتى يأْتِيَ بعدَه غيرُه ، فتَتَحقَّقُ له بذلك صِفَةُ الأوَّلِيَّةِ . وهو وَجْهٌ لنا . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه . ذكَرَه في آخِرِ « القَواعِدِ » .

قوله : ولا يَتْبَعُ وَلَدُ المُعْتَقَةِ بالصِّفَةِ أُمَّه في العِتْقِ ، في أَصَحِّ الوَجْهَيْن ، إلَّا أنْ تكونَ حامِلًا حالَ عِتْقِها ، أوْ حالَ تَعْلِيقِ عِتْقِها . إذا كانتْ حامِلًا حالَ عِتْقِها ، أو حالَ تَعْليقِ عِتْقِها ، فإنَّه يتْبَعُها ، بلا خِلافٍ أعْلَمُه . وإنْ وُجِدَ حَمْلٌ بعدَ التَّعْليقِ ، ووَضَعَتْه قبلَ وُجودِ الصِّفَةِ ، وهي مَسْأَلَةُ المُصَنِّفِ هنا ، فصَحَّحَ عدَمَ التَّبَعِيَّةِ .

---

(١) في م : « أمة » .
(٢) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ قَالَ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . أَوْ : عَلَى أَلْفٍ . عَتَقَ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَعَنْهُ ، إِنْ لَمْ يَقْبَلِ العَبْدُ لَمْ يَعْتِقْ . وَالصَّحِيحُ فِي قَوْلِهِ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ . أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ حَتَّى يَقْبَلَ .

الشرح الكبير

الوَلَدُ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ لم تَتَعَلَّقْ به فى حالِ التَّعْليقِ (١)ولا فى حالِ العِتْقِ(١) . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّه يَتْبَعُها فى العِتْقِ ، (١)قِياسًا على ولَدِ المدَبَّرَةِ . وإن بَطَلَتِ الصِّفَةُ بِبَيْعٍ أو موتٍ لم يَعْتِقِ الوَلَدُ ؛ لأنَّه إنَّما تَبِعَها فى العِتْقِ(١) لا فى الصِّفَةِ ، فإذا لم تُوجَدْ فيها لم يُوجَدْ[٢] فيه ، بخِلافِ وَلَدِ المُدَبَّرَةِ ؛ فإنَّه تَبِعَها فى التَّدْبيرِ ، فإذا بَطَل فيها بَقِيَ فيه .

٢٩٤٣ – مسألة : (وإذا قال لعبدِه : أنت حُرٌّ وعليك أَلْفٌ . أو : على أَلْفٍ . عَتَق ، ولا شىءَ عليه . وعنه ، إن لم يَقْبَلْ لم يَعْتِقْ) إذا قال لعبدِه : أنت حُرٌّ وعليك أَلْفٌ . عَتَق ، ولا شىءَ عليه ؛ لأنَّه أعْتَقَه بغيرِ

الإنصاف

وهو المذهبُ . صحَّحه فى « النَّظْمِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يتْبَعُها . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « الفائقِ »، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » .

فائدة : لا يتْبَعُ الوَلَدُ أُمَّه إذا كان مُنْفَصِلًا حالَ التَّعْليقِ ، بلا خِلافٍ أعْلَمُه .

قوله : وإذا قالَ لعَبْدِه : أَنْتَ حُرٌّ وعليْكَ أَلْفٌ . أَوْ : على أَلْفٍ . عتَق ولا شَيءَ عليه . إذا قال لعَبْدِه : أَنْتَ حُرٌّ وعليك أَلْفٌ . عتَق ولا شَيءَ عليه . على الصَّحيحِ

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) فى م : « توجد » .

الشرح الكبير

شَرْطٍ ، وجَعَل عليه عِوَضًا لم يَقْبَلْه ، فعَتَقَ ، ولم يَلْزَمْه الألْفُ . هكذا ذَكَر المتأخِّرُون مِن أصْحابِنا . ونَقل جعفرُ بنُ محمدٍ ، قال : سَمِعْتُ أبا عبدِ اللهِ ، قِيلَ له : [١٥/٦ و] إذا قال : أنت حُرٌّ وعليك ألفُ دِرْهَمٍ . فقال : جَيِّدٌ[(١)] . قِيلَ له : فإن لم يَرْضَ العَبْدُ ؟ قال : لا يَعْتِقُ ، إنَّما قال له على أن يُؤَدِّىَ إليه ألفًا ، فإن لم يُؤَدِّ فلا شىءَ . فإن قال : أنت حُرٌّ على ألْفٍ . فكذلك فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن ؛ لأنَّ « على » ليست مِن أدَواتِ الشَّرْطِ ولا البَدَلِ ، فأشْبَهَ قولَه : وعليك ألْفٌ . والثانيةُ ، إن قَبِل العَبْدُ[(٢)] عَتَق ولَزِمَتْه الألْفُ ، وإن لم يَقْبَلْ لم[(٣)] يَعْتِقْ . وهذا قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى

الإنصاف

مِن المذهب . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هكذا ذكَرَه المُتَأخِّرونَ مِن أصحابِنا . قال فى « الفُروعِ » : يعْتِقُ ولا شىءَ عليه ، على الأصحِّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأدمِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . وصحَّحه النَّاظِمُ . وعنه ، لا يَعْتِقُ إنْ لم يَقْبَلْ . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » . وإذا قال لعَبْدِه : أنْتَ حُرٌّ على ألْفٍ . فقدَّم المُصَنِّفُ هنا ، أنَّه يَعْتِقُ مجَّانًا بلا قَبُولٍ . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن . ونصَرَه القاضى وأصحابُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « نَظْمِ المُفْرَداتِ » ، وهو منها . وقدَّمه فى «الهِدايَةِ»، و «المُذْهَبِ»، و «المُسْتَوْعِبِ»، و «الخُلاصةِ»،

---

(١) فى الأصل : « حنبل » .

(٢) فى م : « العتق » .

(٣) فى الأصل : « له » .

الشرح الكبير

حنيفةَ . وهذه الرِّوايَةُ هى الصَّحيحةُ ؛ لأنَّه أعْتَقَه بعِوَضٍ ، فلم يَعْتِقْ بدُونِ قَبُولِه ، كما لو قال : أنت حُرٌّ بألْفٍ . ولأنَّ « على » تُسْتَعْمَلُ للشَّرْطِ والعِوَضِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ قَالَ لَهُ مُوسَىٰ هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَىٰٓ أَن تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا ﴾[1] . وقال : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾[2] . وقال : ﴿ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ ﴾[3] . ولو قال فى النِّكاحِ : زَوَّجْتُكَ فُلَانَةَ ابْنَتِى على خَمْسِمائةِ دِرْهَمٍ . فقال الآخَرُ : قَبِلْتُ . صَحَّ[4] النِّكاحُ ، ووَجَبَ الصَّداقُ .

الإنصاف

و « الرِّعايَتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وعنه ، إنْ لم يَقْبَلِ العَبْدُ ، لم يَعْتِقْ . وهذا المذهبُ . قال المُصَنِّفُ هنا : وهو الصَّحيحُ . وصحَّحَه فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وجزَم به الأدَمِيُّ فى « مُنْتَخَبِه » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » . وذكَر فى « الواضِحِ » رِوايَةً ، أنَّ قوْلَه : أنْتَ حُرٌّ على ألْفٍ . شَرْطٌ لازِمٌ بلا قَبُولٍ ، كبَقِيَّةِ الشُّروطِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، وكذا الحُكْمُ لو قال له : أنْتَ حُرٌّ على أنْ تُعْطِيَنِى ألْفًا . أو قال لأمَتِه : أعْتَقْتُكِ على أنْ تُزَوِّجِينى نفْسَكِ . لكِنْ إنْ أبَتْ ، لَزِمَها قِيمَةُ نفْسِها .

---

(١) سورة الكهف ٦٦ .
(٢) سورة الكهف ٩٤ .
(٣) سورة القصص ٢٧ .
(٤) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تَخْدِمَنِى سَنَةً . فَكَذَلِكَ . وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَقْبَلْ لَمْ يَعْتِقْ . رِوَايَةً وَاحِدَةً .

الشرح الكبير

٢٩٤٤ – مسألة : (وإن قال : أنت حُرٌّ على أن تَخْدِمَنِى سَنَةً . فكذلك . وقِيلَ : إن لم يَقْبَلْ لم يَعْتِقْ . رِوايَةً واحِدَةً) فعلى هذا ، إذا قَبِل العَبْدُ عَتَق فى الحالِ ، ولَزِمَتْه خِدْمَتُه سنةً . فإن مات السَّيِّدُ قبلَ كَمالِ السَّنَةِ رُجِع على العبدِ بقِيمَةِ ما بَقِىَ مِن الخِدْمَةِ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : تُقَسَّطُ قِيمَةُ العَبدِ على خِدْمَةِ السَّنَةِ ، فيُسْقَطُ منها بقَدْرِ ما مَضَى ،

الإنصاف

على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : تَعْتِقُ مجَّانًا بقَبُولِها . واخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ ، أنَّها لا تَعْتِقُ إلَّا بالأَداءِ . الثَّانيةُ ، لو قال له : أنتَ حُرٌّ بمِائَةٍ . أو : بِعْتُكَ نفْسَك بمِائَةٍ . فقَبِلَ ، عتَق ولَزِمَتْه المِائَةُ ، وإلَّا فلا . جزَم به فى « الرِّعايتَيْن »، و « الفُروعِ »، وغيرِهم . وإنْ لم يَقْبَلْ ، لم يَعْتِقْ عندَ الأصحابِ ، وقَطَعوا به . وخرَّج الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، وَجْهًا ، أنَّه يعْتِقُ بغيرِ شَىْءٍ ، كما لو قال لها : أنْتِ طالِقٌ بأَلْفٍ . على ما يأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى أَواخِرِ الخُلْعِ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ والعِتاقَ فيهما حقٌّ للهِ تَعالَى ، وليس العِوَضُ رُكْنًا فيهما إذا لم يُعَلِّقْهما عليه . وعلى المذهبِ واخْتِيارِ الأصحابِ ، الفَرْقُ بينَهما ، أنَّ خُروجَ البُضْعِ فى النِّكاحِ غيرُ متَقَوَّمٍ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، على ما يأْتِى فى بابِ الرَّضاعِ ، بخِلافِ العَبْدِ ؛ فإنَّه مالٌ مَحْضٌ . قالَه فى « القاعِدَةِ الرَّابعَةِ والخَمْسِينَ بعدَ المِائَةِ » .

قوله : وإنْ قالَ : أنْتَ حُرٌّ على أنْ تخْدِمَنِى سَنَةً . فكذلك . يعْنِى ، كقولِه : أنْتَ حُرٌّ على أَلْفٍ . فعلى إحْدَى الرِّوايتَيْن ، يَعْتِقُ مجَّانًا . وعلى الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، لا يَعْتِقُ حتى يَقْبَلَ . وقد عَلِمْتَ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ فى الرِّوايتَيْن . وهذا إحْدَى

الشرح الكبير

وَيُرْجَعُ عليه بما بَقِىَ مِن قِيمَتِه . ولَنا ، أنَّ العِتْقَ عَقْدٌ لا يَلْحَقُه الفَسْخُ ، فإذا تَعَذَّرَ فيه اسْتِيفاءُ العِوَضِ رُجِع إلى قِيمَتِه ، كالخُلْعِ فى النِّكاحِ ، والصُّلْحِ فى دَمِ العمدِ[1] . فإن قال : أنْتَ حُرٌّ على أن تُعْطِيَنِى أَلْفًا . فالصَّحِيحُ أنَّه لا يَعْتِقُ حتى يَقْبَلَ . فإذا قَبِل عَتق ولَزِمَتْه الأَلْفُ . فأمّا إن قال : أنتَ حُرٌّ بأَلْفٍ . لم يَعْتِقْ حتى يَقْبَلَ ، وتَلْزَمُه الأَلْفُ .

الإنصاف

الطُّرُقِ فى المَسْأَلَةِ . وقدَّم هذه الطَّرِيقَةَ فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وقيل : يَعْتِقُ هنا بلا قَبُولٍ ، وتلْزَمُه الخِدْمَةُ . [١٤٣/٣و] وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . قال فى « المُحَرَّرِ » : هذا ظاهِرُ كلامِه . وجزَم به فى « القَواعِدِ » ، وقال : نصَّ عليه . وجزَم به صاحِبُ « الوَجيزِ » . وهى الطَّرِيقَةُ الثَّانيةُ . وأطْلَقَهما فى «الفُروعِ» بقِيلَ وقيلَ . وقال فى «المُسْتَوْعِبِ»، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : إنْ لم يَقْبَلْ ، فعلَى رِوايتَيْن ؛ إحْداهما ، يَعْتِقُ ولا يلْزَمُه شَىءٌ . والثَّانيةُ ، لا يَعْتِقُ . وقدَّما فى : أنْتَ حُرٌّ على أَلْفٍ . أنَّه يعْتِقُ مجَّانًا ، فخالَفا الطَّرِيقَتَيْن . وقيل : إنْ لم يقْبَلْ ، لم يعْتِقْ . رِوايَةً واحِدَةً . وهى الطَّرِيقَةُ الثَّالِثَةُ . وعلى كلامِه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِى » ، تكونُ طريقةً رابِعَةً . وتقدَّم ذلك فى أوَائلِ البابِ .

فوائد ؛ الأُولَى ، مِثلُ ذلك فى الحُكْمِ ، لو اسْتَثْنَى نَفْعَه مُدَّةً معْلومَةً . الثَّانيةُ ، لو ماتَ السَّيِّدُ فى أثْناءِ السَّنَةِ ، رجَع الوَرَثَةُ على العَبْدِ بقِيمَةِ ما بَقِىَ مِنَ الخِدْمَةِ . قالَه المُصَنِّفُ ، والسَّامَرِّىُّ ، وابنُ حَمْدانَ ، وغيرُهم . الثَّالثةُ ، يجوزُ للسَّيِّدِ بَيْعُ هذه

(١) فى الأصل ، م : « العبد » .

الخِدْمَةِ . نصَّ عليه . نقَل حَرْبٌ : لا بأْسَ ببَيْعِها ، مِنَ العَبْدِ أم ممَّن شاءَ . وعنه ، لا يجوزُ . نصَّ عليه . وهو الصَّوابُ . ذكَر هاتَيْن الرِّوايتَيْن ابنُ أبى مُوسى . وأطْلَقَهما فى «المُسْتَوْعِبِ» . و « الفُروعِ »، و «الحاوِى الصَّغِيرِ»، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . الرَّابعةُ ، قال فى « الفُروعِ » : لم يذْكُرِ الأصحابُ ما لو اسْتَثْنَى السَّيِّدُ خِدْمَتَه مدَّةَ حَياتِه ، وذكَرُوا صِحَّةَ ذلك فى الوَقْفِ . قال : وهذا مِثْلُه ، يُؤَيِّدُه ، أنَّ بعضَهم احْتَجَّ بما رَواه الإمامُ أحمدُ ، وأبو داودَ ، أنَّ أُمَّ سَلَمَةَ رَضِىَ اللهُ عنها أعْتَقَتْ سَفِينَةَ ، وشرَطَتْ عليه خِدْمَةَ النَّبِىِّ ﷺ ما عاشَ[1] . قال : وهذا بخِلافِ شَرْطِ البائعِ خِدْمَةَ المَبِيعِ مدَّةَ حَياتِه ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ يخْتَلِفُ الثَّمَنُ لأجْلِه . انتهى . قلتُ : صرَّح بذلك ، أعْنِى بجَوازِ ذلك ، فى « القَواعِدِ » ، فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والثَّلاثِينَ » . وتقدَّم ذلك فى أوَّلِ البابِ . الخامسةُ ، لو باعَه نفْسَه بمالٍ فى يَدِه ، صحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » : صحَّ على أصحِّ الرِّوايتَيْن . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، فى الوَلاءِ : وإنِ اشْتَرَى العَبْدُ نفْسَه مِن سَيِّدِه بعِوَضٍ حالٍّ ، عتَق والوَلاءُ لسَيِّدِه ؛ لأنَّه يبِيعُ مالَه بمالِه ، فهو مِثْلُ المُكاتَبِ سواءً ، والسَّيِّدُ هو المُعْتِقُ لهما ، فكان الوَلاءُ له عليهما . انتهيا . وعنه ، لا يصِحُّ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . قال فى « التَّرْغيبِ » : مأْخَذُهما ، هل هو عَقْدُ مُعاوَضَةٍ أو تَعْليقٌ مَحْضٌ ؟ ويأْتِى فى الكِتابَةِ ، هل تصِحُّ الكِتابَةُ حالَّةً ؟ . السَّادسةُ ، لو قال : إنْ أعْطَيْتَنِى ألْفًا فأنْتَ حُرٌّ . فهو تعْليقٌ مَحْضٌ لا يبْطُلُ ما دامَ مِلْكَه ، ولا يعْتِقُ بالإبْراءِ منها ، بل بدَفْعِها . نصَّ عليه . وما فضَل عنها فهو لسيِّدِه ، ولا يكْفِيه أنْ يُعْطِيَه مِن مِلْكِه ؛ إذْ لا مِلْكَ له على أصحِّ الرِّوايتَيْن ، فهو

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٨ .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِذَا قَالَ : كُلُّ مَمْلُوكٍ لِى حُرٌّ . عَتَقَ عَلَيْهِ مُدَبَّرُوهُ ، وَمُكَاتَبُوهُ ، وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ ، وَشِقْصٌ يَمْلِكُهُ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وإذا قال : كُلُّ مَمْلُوكٍ لِىَ حُرٌّ . عَتَق عَلَيْه مُكَاتَبُوهُ ، وَمُدَبَّروهُ ، وَأُمَّهاتُ أَوْلادِه ، وشِقْصٌ يَمْلِكُه) لأنَّ لَفْظَه عامٌّ فيهم ، فعَتَقوا ، كما لو عَيَّنَهُم . وذكَر ابنُ أبى مُوسَى فى « الإِرْشادِ » ، أنَّ الشِّقْصَ لا يَعْتِقُ إلَّا أن يَنْوِيَه ؛ لأنه لا يَمْلِكُه كُلَّه . والأَوَّلُ المَذْهَبُ .

الإنصاف

كقْولِه لامْرأَتِه : إنْ أعْطَيْتِنِى مِائَةً فأَنْتِ طالِقٌ . فأتَتْ بِمائةٍ مغْصُوبَةٍ ، ففى وُقوعِه احْتِمالان . قالَه فى « التَّرْغيبِ » . قال فى « الفُروعِ » : والعِتْقُ مثلُه ، وأنَّ هذا الخِلافَ يجْرِى فى الفاسِدَةِ إذا صرَّح بالتَّعْليقِ . ونقَل حَنْبَلٌ فى الأُولَى ، إنْ قالَه لِصَغيرٍ ، لم يجُزْ ؛ لأنَّه لم يَقْدِرْ عليه . السَّابعَةُ ، لو قال : جعَلْتُ عِتْقَك إليك . أو : خَيَّرْتُكَ . ونوَى تَفْويضَه إليه ، فأعْتَقَ نفْسَه فى المَجْلِسِ ، عتَق ، ويتَوجَّهُ كطَلاقٍ . قالَه فى « الفُروعِ » . ولو قال : اشْتَرِنِى مِن سَيِّدِى بهذا المالِ ، وأعْتِقْنِى . ففعَل ، عتَق ، ولَزِمَ مُشْتَرِيَه المُسَمَّى . وكذا إنِ اشْتَراه بعَيْنِه ، إنْ لم تتَعيَّنِ النُّقودُ ، وإلَّا بطَلا . وعنه ، أُجيزَ عنه . وذكَر الأَزَجِىُّ ؛ إنْ صرَّحَ الوَكِيلُ بالإِضافَةِ إلى العَبْدِ ، وقَع عنه وعتَق ، وإنْ لم يُصَرِّحْ ، احْتَملَ ذلك ، واحْتَمَلَ أنْ يقَعَ عنِ الوَكالَةِ ؛ لأنَّه لو وقَع لَعَتَقَ ، والسَّيِّدُ لم يرْضَ بالعِتْقِ .

قوله : وإنْ قالَ : كُلُّ مَمْلُوكٍ لى حُرٌّ . عتَق عليه مُدَبَّرُوه ، وَمُكاتَبُوه ، وأُمَّهاتُ أَوْلادِه . وكذا عَبِيدُ عَبْدِه التَّاجِرِ . بلا نِزاعٍ فى ذلك . وعتَق عليه شِقْصٌ يَمْلِكُهُ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقيل : لا يَعْتِقُ الشِّقْصُ بدُونِ نِيَّةٍ . ذكَرَه ابنُ أبى مُوسى ، ونَقَلَه مُهَنًّا ، كما لو كان له شِقْصٌ فقط ، وقال : ذلك ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ .

المقنع وَإِنْ قَالَ : أَحَدُ عَبْدَىَّ حُرٌّ . أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ تَقَعُ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ فَهُوَ حُرٌّ مِنْ حِينَ أَعْتَقَهُ .

الشرح الكبير **٢٩٤٥** – مسألة : (وإن قال : أحَدُ عَبْدَىَّ حُرٌّ . أُقْرِعَ بَيْنَهما ، فمَن وَقَعَتْ له القُرْعَةُ فهو حُرٌّ مِنْ حِينَ أعْتَقَه) إذا قال : أحَدُ عَبْدَىَّ حُرٌّ . و لم يَنْوِ واحدًا بعَيْنِه ، عَتَق أحَدُهم بالْقُرْعَةِ ، وليس للسَّيِّدِ التَّعْيِينُ ، ولا

الإنصاف **فائدة** : لو قال : عَبْدِى حُرٌّ . أو : أَمَتِى حُرَّةٌ . أو : زَوْجَتِى طالِقٌ . و لم يَنْوِ مُعَيَّنًا ، عتَق الكُلُّ ، وتطْلُقُ كُلُّ نِسائِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ »، و « الوَجيزِ »، و «المُنَوِّرِ»، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » ، وغيرِهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وهذا مَبْنِىٌّ على أنَّ المُفْرَدَ المُضافَ يعُمُّ ، والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ أنَّه يعُمُّ . وقيل : يعْتِقُ واحِدٌ بالقُرْعَةِ . وقيل : يعْتِقُ واحِدٌ ، وتَطْلُقُ واحدَةٌ ، وتُخْرَجُ بالقُرْعَةِ . اخْتارَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » . قال فى « الفائقِ » : وهو المُخْتارُ . ويأْتِى التَّنْبِيهُ على ذلك أيضًا فى أوَّلِ بابِ صَريحِ الطَّلاقِ وكِنايَتِه .

تنبيه : قال فى [١٤٣/٣ظ] « الفُروعِ » عن هذه المَسْأَلَةِ : والمُرادُ ، إنْ كان « عَبْدٌ » مُفْرَدًا لذَكَرٍ وأُنْثَى ، فإنْ كان لذَكَرٍ فقط ، لم يشْمَلْ أُنْثَى ، إلَّا إنِ اجْتَمَعا تغْلِيبًا . قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَن قال لخَدَمٍ له رِجالٍ ونِساءٍ : أنْتُم أحْرارٌ . وكانتْ معهم أمُّ وَلَدِه و لم يَعْلَمْ بها : إنَّها تعْتِقُ . قال أبو محمدٍ الجَوْزِىُّ ، بعدَ المَسْأَلَةِ : وكذا إنْ قال : كلُّ عَبْدٍ أمْلِكُه فى المُسْتَقْبَلِ .

فائدة : قوْلُه : وإنْ قالَ : أَحَدُ عَبْدَىَّ حُرٌّ . أُقْرِعَ بينَهما . وكذا لو قال : أحَدُ عَبِيدِى حُرٌّ . أو : بعضُهم حُرٌّ . و لم يَنْوِهِ ، يُقْرَعُ بينَهم . وهو مِن مُفْرَداتِ

الشرح الكبير

للوارثِ بعدَه . فإن قال : أرَدْتُ هذا بعَيْنِه . قُبِل منه ، وعَتَق ؛ لأنَّ ذلك إنَّما يُعْرَفُ مِن جِهَتِه . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : للمُعْتِقِ التَّعْيينُ ، ويُطالَبُ بذلك ، فيَعْتِقُ مَن عَيَّنَه وإن لم يكُنْ نَواه حالَةَ القَوْلِ ، وإذا عَتَق بتَعْيِينِه فليسَ لسائرِ العَبيدِ الاعتراضُ عليه ؛ لأنَّ له تَعْيينَ العِتْقِ ابْتِداءً ، فإذا أوْقَعَه غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، كان له تَعْيينُه ، كالطَّلاقِ . ولَنا ، أنَّ مُسْتَحِقَّ العِتْقِ غيرُ مُعَيَّنٍ ، فلم يَمْلِكْ تَعْيينَه ، ووَجَبَ أن يُمَيَّزَ [١٥/٦ ظ] بالقُرْعَةِ ، كما لو أعْتَقَ الجميعَ فى مَرَضِه ولم يَخْرُجوا مِن الثُّلُثِ ، وكما لو أعْتَقَ مُعَيَّنًا ثم نَسِيَه ، والطَّلاقُ كمَسأَلَتِنا . فإن مات المُعْتِقُ ولم يُعَيِّنْ ،

الإنصاف

المذهبِ . وخرَّج فى « القَواعِدِ » وَجْهًا ، أنَّه يعْتِقُ بتَعْيِينِه ، مِنَ الرِّوايَةِ التى فى الطَّلاقِ . وكذا لو أدَّى أحَدُ مُكاتَبِيهِ وجُهِلَ ، أقْرَعَ هو أو وارِثُه فى الجميعِ . ولو قال لأمَتَيْه : إحْداكُما حُرَّةٌ . ولم ينْوِ ، حَرُمَ وَطْؤُهما معًا بدُونِ قُرْعَةٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وفيه وَجْهٌ ؛ تَتَمَيَّزُ المُعْتَقَةُ بتَعْيِينِه ، فإنْ وَطِئَ واحِدَةً ، لم تعْتِقِ الأُخْرَى ، كما لو عيَّنَها ثم أُنْسِيَها . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : قلتُ : ويحْتَمِلُ أنْ تعْتِقَ . قال : فلو قال لإمائِه الأرْبَعِ : إنْ وَطِئْتُ واحدَةً مِنْكُنَّ فواحِدَةٌ مِنْكُنَّ حُرَّةٌ . ثم وَطِئَ ثلاثًا ، أُقْرِعَ بينَ الأُولَةِ والرَّابعَةِ ، فإنْ وَطِئَها عَتَقَتِ الأُولَةُ ، وإنْ كان وَطِئَها ثانِيًا قبلَ وَطْءِ الرَّابعَةِ عَتَقَتِ الرَّابعَةُ فقطْ ، ويُحَدُّ إنْ عَلِمَ قبلَه بعِتْقِها . ويأْتِى فى بابِ الشَّكِّ فى الطَّلاقِ ، إذا قال : إنْ كان هذا الطَّائِرُ غُرابًا فعَبْدِى حُرٌّ . وقال آخَرُ : إنْ لم يكُنْ غُرابًا فعَبْدِى حُرٌّ . وكثيرٌ مِنَ الأصحابِ يذْكُرُ هذه المَسْأَلَةَ هنا .

المقنع

وَإِنْ مَاتَ أَقْرَعَ الْوَرَثَةُ .

الشرح الكبير

فالحُكْمُ عندَنا لا يَخْتَلِفُ ، وليس للوَرَثَةِ التَّعْيينُ ، بل يُخْرَجُ المُعْتَقُ[٤] بالقُرْعَةِ . وقد نَصَّ الشافعيُّ على هذا إذا قالوا : لا نَدْرِى أَيُّهم أَعْتَقَ . وقال أبو حنيفةَ : لهمُ التَّعْيينُ ؛ لأَنَّهم يقُومون مَقامَ مَوْرُوثِهم . وقد سَبَق الكلامُ فى المُعْتَقِ[١] .

فصل : ولو أَعْتَقَ إِحْدَى إمائِه [٢]غيرَ معيَّنةٍ[٢] ، ثم وَطِئَ إِحْداهُنَّ ، لم يَتَعيَّنِ الرِّقُّ فيها . وبه قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعيُّ : يَتَعَيَّنُ الرِّقُّ فيها . لأَنَّ الحُرِّيَّةَ عندَه تَتَعَيَّنُ بتَعْيِينِه ، ووَطْؤُه دليلٌ على تَعْيِينِه . وقد سَبَق الكلامُ معه .

فصل[٣] : وقَوْلُه : مِن حينَ أعتَقَه . يُرِيدُ أَنَّ العَبْدَ إن كان اكْتَسبَ مَالًا بعدَ[٤] العِتْقِ ، فهو له دُونَ سَيِّدِه ؛ لأَنَّا تَبَيَّنَّا[٥] أنه اكْتَسَبَه فى حالِ الحُرِّيَّةِ .

٢٩٤٦ - [٦]مسألة : (فإن مات أَقْرَعَ الوَرَثَةُ) لِما ذَكَرْنا فى المُعْتَقِ[٦] .

الإنصاف

....

(١) فى الأصل : « العتق » .
(٢ - ٢) سقط من الأصل .
(٣) سقط من : م .
(٤) فى الأصل : « يعدل » .
(٥) فى الأصل : « بينا » .
(٦ - ٦) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ مَاتَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ أُقْرِعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَيِّ .

الشرح الكبير **٢٩٤٧** – مسألة : (وإن مات أحدُ العَبْدَيْنِ أُقْرِعَ بَيْنَه وبينَ الحيِّ) فإن وقَعتِ القُرْعَةُ على المَيِّتِ حسَبْناه مِن التَّرِكَةِ ، وقَوَّمْناه حينَ الإعْتاقِ ، سواءٌ مات فى حياةِ سَيِّدِه أو بعدَه قَبْلَ القُرْعَةِ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال مالكٌ : إن مات قبلَ مَوْتِ سَيِّدِه ، فالحيُّ جميعُ التركةِ ، لا يَعْتِقُ إلَّا ثُلُثُه ، ولا يُعتَبَرُ الميِّتُ ؛ لأنَّه ليس بمَحْسُوبٍ مِن التَّرِكَةِ ، ولهذا لو أعْتَقَ الحيَّ بعدَ مَوْتِه لأعْتَقْنا ثُلُثَه . ولَنا ، أنَّ المَيِّتَ أحدُ المُعْتَقَيْن ، فوَجَبَ أن يُقْرَعَ بينه وبينَ الحيِّ ، كما لو مات بعدَ سَيِّدِه ، ولأنَّ المَقْصُودَ مِن العِتْقِ تَحْصِيلُ ثَوابِه ، وهو يَحْصُلُ فى حَقِّ المَيِّتِ ، فيَدْخُلُ فى القُرْعَةِ ، كالذى مات بعدَ سَيِّدِه . فعلى هذا ، إنْ خَرَجَتِ القُرْعَةُ على المَيِّتِ حَسَبْناه مِن التَّرِكَةِ ، وقَوَّمْناه حينَ الإعْتاقِ ؛ لأنَّه حينُ الإتْلافِ . وإن وقَعَتْ على الحيِّ ، نَظَرْتَ فى المَيِّتِ ؛ فإن كان مَوْتُه قبلَ موتِ سَيِّدِه ، أو بعدَه قبلَ قَبْضِ الوارِثِ له ، لم نَحْسُبْه مِن التَّرِكَةِ ؛ لأنَّه لم يَصِلْ إلى الوارِثِ ، فتكونُ التَّرِكَةُ الحيَّ وَحْدَه ، فيَعْتِقُ ثُلُثُه ، وتُعْتَبَرُ قِيمَتُه حينَ الإعْتاقِ ؛ لأنَّه حينُ إتْلافِه ، وتُعْتَبَرُ قِيمَةُ التَّرِكَةِ بأقَلِّ الأمْرَيْنِ مِن حينِ الموتِ إلى حينِ قَبْضِ الوارِثِ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ تَجَدَّدَتْ على مِلْكِ الوارِثِ ، فلم تُحْسَبْ عليه مِن التَّرِكَةِ ، والنُّقْصانُ قبلَ القَبْضِ ، فلم يَحْصُلْ له ، فأشْبَهَ الشارِدَ والآبِقَ ، وإنَّما يُحْسَبُ عليه ما حَصَل فى يَدَيْهِ ، ولا يُحْسَبُ المَيِّتُ مِن التَّرِكَةِ ؛ لأنَّه

الإنصاف ....

المقنع

وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ثُمَّ أُنْسِيَهُ ، أُخْرِجَ بِالْقُرْعَةِ .

الشرح الكبير

(١)ما وَصَل إلى الورثةِ ، وإن كان مَوْتُه بعدَ قَبْضِ الورَثَةِ له ، حُسِب مِن التَّرِكَةِ ؛ لأنَّه(١) وَصَلَ إليهم ، وجعَلْناه كالحىِّ فى تقْويمِه معه ، والحُكْمِ بإعْتاقِه إن وقعَتِ القُرْعَةُ عليه ، أو مِن الثُّلُثَيْن إن وقعَتِ القُرْعَةُ على غيرِه ، وتُحْسَبُ قِيمَتُه أقَلَّ الأمْرَيْن مِن حينِ موْتِ سَيِّدِه إلى حينِ قَبْضِه .

فصل : فإن دَبَّرَ ثلاثةَ أعْبُدٍ ، أو وَصَّى بعِتْقِهم ، فمات [١٦/٦ و] أحَدُهم فى حَياتِه ، بَطَل تَدْبيرُه والوَصيَّةُ فيه ، وأُقْرِعَ بينَ الحَيَّيْن ، وأُعْتِقَ مِن أحَدِهما ثُلُثُهما ؛ لأنَّ المَيِّتَ لا يُمْكِنُ الحُكْمُ بوُقُوعِ العِتْقِ فيه ، لكَوْنه مات قبلَ الوقتِ الذى يَعْتِقُ فيه ، وقبلَ تَحَقُّقِ شَرْطِ العِتْقِ ، بخِلافِ التى قبلَها ، فإنَّ العِتْقَ حَصَل مِن حينِ الإعْتاقِ ، وإنَّما القُرْعَةُ تُبَيِّنُه وتَكْشِفُه ، ولهذا يُحْكَمُ بعِتْقِه مِن حينِ الإعْتاقِ ، ويكونُ كَسْبُه له ، وحُكْمُه حُكْمُ الأحْرارِ فى سائرِ أحْوالِه . وإن مات المُدَبَّرُ بعدَ مَوْتِ سَيِّدِه أُقْرِعَ بينَه وبينَ الأحْياءِ ؛ لأنَّ العِتْقَ حَصَل مِن حينِ موتِ السَّيِّدِ .

٢٩٤٨ – مسألة : (وإنْ أعْتَقَ عَبْدًا وأُنْسِيَه ، أُخْرِجَ بالقُرْعَةِ) هذا قياسُ قولِ أحمدَ . وهو قولُ اللَّيْثِ . وقال الشافعىُّ : يَقِفُ الأمْرُ حتى يَذْكُرَ ، فإن مات قبلَ أن يُبَيِّنَ أَقْرَعَ الوَرَثَةُ بينَهم . وقال ابنُ وَهْبٍ : يَعْتِقُون

الإنصاف

قوله : وإنْ أَعْتَقَ عَبْدًا ثم أُنْسِيَهُ ، أُخْرِجَ بالقُرْعَةِ . إمَّا المُعْتِقُ أو وارِثُه . وهذا بلانِزاعٍ . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وخرَّج فى « القَواعِدِ » وَجْهًا ، أنَّه لا يُقْرِعُ

(١ – ١) سقط من : م .

المقنع [١٩٣ظ] فَإِنْ عَلِمَ بَعْدَهَا أَنَّ الْمُعْتَقَ غَيْرُهُ ، عَتَقَ . وَهَلْ يَبْطُلُ عِتْقُ الْأَوَّلِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير كُلُّهم . وقال مالكٌ : إنْ أعْتَقَ عَبْدًا له ، ومات ولم يُبَيِّنْ ، وكانوا ثلاثةً ، عَتَق منهم بقَدْرِ ثُلُثِهم ، وإنْ كانوا أربعةً ، عَتَق منهم بقَدْرِ رُبْعِ قِيمَتِهم . وعلى هذا ، فيُقْرَعُ بينَهم ، فإن خَرَجَتِ القُرْعَةُ على مَن قِيمَتُه أقَلُّ مِن الرُّبْعِ أُعِيدَتِ القُرْعَةُ حتى يَكْمُلَ . وقال أصْحابُ الرَّأْيِ : إن قال الشُّهودُ : نَشْهَدُ أنَّ فُلانًا أعْتَقَ (١ أحدَ عَبِيدِه ولم يُسَمِّ . عَتَق ثُلُثُ كلِّ واحدٍ ، وسَعَى في باقِيه ، أو رُبْعُ كلِّ واحدٍ منهم إن كانوا أرْبَعَةً . وإن قالوا : نَشْهَدُ أنَّ فُلانًا أعْتَقَ ١) بَعْضَ عَبِيدِه ونَسِيناه . فشهادَتُهم باطِلَةٌ . ونحوُ هذا قولُ الشَّعْبِيِّ ، والأوْزاعِيِّ ، ولم يَذْكُروا ما ذَكَرَه أصْحابُ الرَّأْيِ في الشَّهادَةِ . ولَنا ، أنَّ مُسْتَحِقَّ العِتْقِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ ، فأشْبَهَ ما لو أعْتَقَ جَمِيعَهم في مَرَضِ مَوْتِه .

٢٩٤٩ – مسألة : (فإن عَلِم بعدُ أنَّ المُعْتَقَ غيرُه ، عَتَق . وهل يَبْطُلُ عِتْقُ الأوَّلِ ؟ على وَجْهَيْن) أحدُهما ، يَبْطُلُ ويُرَدُّ إلى الرِّقِّ ، ويَعْتِقُ الذى عَيَّنَه ؛ لأنَّه تبَيَّنَ له المُعْتَقُ ، فيَعْتِقُ دُونَ غيرِه ، كما لو لم يُقْرَعْ .

الإنصاف هنا ، مِنَ الطَّلاقِ . قال : وأشارَ إليه بعضُ الأصحاب . ذكَرَه في آخِرِ « القَواعِدِ » . فإنْ عَلِمَ بعدَها أنَّ المُعْتَقَ غيرُه ، عتَق . وهل يبْطُلُ عِتْقُ الأوَّلِ ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما في « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ،

(١ – ١) سقط من : م .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنْ أَعْتَقَ فِى مَرَضِ مَوْتِهِ ، وَلَمْ يُجِزِ الْوَرَثَةُ ، اعْتُبِرَ مِنْ ثُلُثِهِ .

الشرح الكبير

والثانِى ، يَعْتِقان معًا . قاله اللَّيْثُ ، ومُقْتَضَى قولِ ابنِ حامِدٍ ؛ لأنَّ الأوَّلَ ثَبَتَتِ الحريةُ فيه بالقُرْعَةِ ، فلا تَزُولُ ، كسائِرِ الأحْرارِ ، ولأنَّ قَوْلَ المُعْتِقِ : ذَكَرْتُ مَن كُنْتُ نَسِيتُه . يَتَضَمَّنُ إقْرارَه بحُرِّيَّةِ مَن ذَكَره وإقرارًا على غيرِه ، فقُبِلَ إقرارُه على نَفْسِه دُونَ غيرِه . أمّا إذا لم يُقْرِعْ ، فإنَّه يُقْبَلُ قَوْلُه ، فيَعْتِقُ مَن عَيَّنَه ، ويَرِقُّ غيرُه ، فإذا قال : أعْتَقْتُ هذا . عَتَق ، ورَقَّ الباقُونَ ، وإن قال : أعْتَقْتُ هذا ، لا بَلْ هذا . عَتَقا جميعًا ؛ لأنَّه أقرَّ بعِتْقِ الأوَّلِ ، فلَزِمَه ، ثم أقرَّ بعِتْقِ الثانِى ، فلَزِمَه ، ولم يُقْبَلْ رُجُوعُه عن إقرارِه الأوَّلِ . وكذلك الحُكْمُ فى إقْرارِ الوارِثِ .

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وإنْ أعْتَقَ فى مَرَضِ مَوْتِه ، ولم يُجِزِ الوَرَثَةُ ، اعْتُبِرَ مِن ثُلُثِه) إذا أعْتَقَ فى مَرَضِ المَوْتِ المَخُوفِ ، اعْتُبِرَ مِن الثُّلُثِ إذا لم يُجِزِ الوَرَثَةُ ، وكذلك التَّدْبِيرُ ، والوَصِيَّةُ بالعِتْقِ ؛

الإنصاف

و « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، يبْطُلُ عِتْقُه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « المُذْهَبِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الفروعِ » . الوَجْهُ الثَّانِى ، لا يبْطُلُ ، كما لو كانتِ القُرْعَةُ بحُكْمِ حاكمٍ ؛ فإنَّها لو كانتْ بحُكْمِ حاكمٍ ، لم يبْطُلْ عِتْقُه ، قوْلًا واحدًا . وهذا الوَجْهُ مُقْتَضَى قَوْلِ ابنِ حامِدٍ .

المقنع فَإِنْ أَعْتَقَ جُزْءًا مِنْ عَبْدِهِ فِى مَرَضِهِ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُ جَمِيعَهُ ، عَتَقَ جَمِيعُهُ . وَعَنْهُ ، لَا يَعْتِقُ إِلَّا مَا أَعْتَقَ .

الشرح الكبير لأنَّه تبرُّعٌ بمالٍ ، أشْبَهَ [١٦/٦ ظ] الهِبَةَ ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ لم يُجزْ مِن عِتْقِ الذى أعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِين فى مَرَضِه إلَّا ثُلُثَهم[١] . وما زادَ على الثُّلُثِ ، إن أجازُوه جازَ[٢] ، فإن رَدُّوه بطَل ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم ، فجازَ بإجازَتِهم وبَطَل برَدِّهم .

٢٩٥٠ – مسألة : (وإن أعْتَقَ جُزْءًا مِن عبدِه ، أو دَبَّرَه) وهو أن يقولَ : إذا مِتُّ فنِصْفُ عَبْدِى حُرٌّ . ثم ماتَ ، فإن كان النِّصْفُ المُدَبَّرُ ثُلُثَ مالِه مِن غيرِ زيادةٍ ، عَتَق ، ولم يَسْرِ ؛ لأنَّه لو دَبَّرَه كلَّه لم يَعْتِقْ منه إلَّا ثُلُثُه ، فإذا لم يُدبِّرْ إلَّا ثُلُثَه كان أوْلَى . وإن كان العَبْدُ كلُّه يَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ ، ففى تَكْمِيلِ الحُرِّيَّةِ رِوايتان ؛ إحْداهما ، تُكمَّلُ . وهو قولُ أكثرِ الفُقَهاءِ ؛ منهم أبو حنيفةَ وأصْحابُه ؛ لأنَّهم يَرَوْن التَّدْبِيرَ كالعِتْقِ فى

الإنصاف قوله : وإنْ أعْتَقَ جُزْءًا مِن عَبْدِه فى مَرَضِه ، أو دَبَّرَه ، وثُلُثُه يَحْتَمِلُ جَمِيعَه ، عَتَقَ جَمِيعُه . وهذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وعنه ، لا يعْتِقُ إلَّا ما أعْتَقَ أو دَبَّرَ لا غيرُ . وعنه ، يَعْتِقُ جميعُه فى المُنْجَزِ دُونَ

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٧/١٢٤ . ويضاف إليه : وأخرجه ابن ماجه ، فى : باب القضاء بالقرعة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٨٥ ، ٧٨٦ .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

السِّرايَةِ . وهو أحدُ قَوْلَى الشافعىِّ ؛ لأنَّه (١)إعْتاقٌ لبعضِ(١) عبدِه ، فعَتَقَ جَمِيعُه ، كما لو أعْتَقَه فى حياتِه . والثانيةُ ، لا يُكَمَّلُ العِتْقُ فيه ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ جَوازَ البَيْعِ ، فلم يَسْرِ ، كتَعْلِيقِه بالصِّفَةِ فى الحياةِ . فأمّا إن أعْتَقَ بعضَ عَبدِه فى مَرَضِه ، فهو كعِتْقِ جَمِيعِه ، إن خرَجَ مِن الثُّلُثِ عَتَق جَمِيعُه ، وإلَّا عَتَقَ منه بقَدْرِ الثُّلُثِ ؛ لأنَّ الإعْتاقَ فى المَرَضِ كالإِعْتاقِ فى الصِّحَّةِ ، إلَّا فى اعْتِبارِه مِن الثُّلُثِ . وتَصَرُّفُ المريضِ فى ثُلُثِه فى حَقِّ الأجْنَبِىِّ كتصرُّفِ الصحيحِ فى جميعِ مالِه . (وعنه ، لا يَعْتِقُ منه إلَّا ما أعْتَقَ) كما لو أعْتَقَ شِرْكًا له فى عبدٍ وثُلُثُه يَحْتَمِلُ جَمِيعَه .

فصل : وإذا دَبَّرَ أحَدُ الشَّرِيكَيْن نَصِيبَه صَحَّ ، ولم يَلْزَمْه لشَرِيكِه فى الحالِ شئٌ . وهذا قولُ الشافعىِّ . فإذا ماتَ عَتَق الجُزْءُ المُدبَّرُ إذا خَرَج مِن ثُلُثِه . وفى سِرايَتِه إلى نَصِيبِ الشَّرِيكِ ما ذكَرْنا فى المسألةِ قبلَها . وقال مالكٌ : إذا دَبَّرَ نَصِيبَه تقاوَماه ، فإن صار للمُدبِّرِ ، صار مُدَبَّرًا كُلُّه ، وإن

الإنصاف

التَّدْبيرِ . وأطْلقَ فى « الشَّرْحِ » الرِّوايتَيْن فى تكْميلِ العِتْقِ بالتَّدْبيرِ ، إذا كان يخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، وقدَّم عِتْقَ الجميعِ فيما إذا نجز البعضَ .

فائدة : لو ماتَ العَبْدُ قبلَ سَيِّدِه ، عتَقَ منه(٢) بقَدْرِ ثُلُثِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يعْتِقُ كلُّه ؛ لأنَّ ردَّ الوَرَثَةِ هنا لا فائدَةَ لهم فيه .

(١ - ١) فى م : « أعتق البعض » .

(٢) سقط من : ط .

المقنع

وَإِنْ أَعْتَقَ فِى مَرَضِهِ شِرْكًا لَهُ فِى عَبْدٍ ، أَوْ دَبَّرَهُ ، وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُ بَاقِيَه ، أُعْطِىَ الشَّرِيكُ ، وَكَانَ جَمِيعُهُ حُرًّا ، فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَعْتِقُ إِلَّا مَا مَلَكَ مِنْهُ .

الشرح الكبير

صار للآخرِ ، صار رَقِيقًا كلُّه . وقال اللَّيْثُ : يَغْرَمُ المُدَبِّرُ لشَرِيكِه قِيمَةَ نَصِيبِه ، ويَصِيرُ العبدُ كلُّه مُدَبَّرا ، فإن لم يكُنْ له مالٌ ، سَعَى العبدُ فى قِيمَةِ نَصِيبِ الشَّرِيكِ ، فإذا أدَّاها ، صار مُدَبَّرًا كلُّه . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَضْمَنُ المُدَبِّرُ للشَّرِيكِ قِيمَةَ حَقِّه ، مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا ، ويَصِيرُ المُدَبَّرُ له . وقال أبو حنيفةَ : الشَّرِيكُ بالخِيارِ ؛ إن شاء دَبَّرَ ، وإن شاء أعْتَقَ ، وإن شاء اسْتَسْعَى العَبْدَ ، وإن شاء ضَمَّنَ صاحِبَه إن كان مُوسِرًا . ولَنا ، أنَّه تَعْلِيقُ العِتْقِ على صِفَةٍ ، فصَحَّ فى نَصِيبِه ، كما لو عَلَّقَه بمَوْتِ شَرِيكِه .

٢٩٥١ – مسألة : (وإن أعْتَقَ فى مَرَضِه شِرْكًا له فى عبدٍ ، أو دَبَّرَهُ ، وثُلُثُه يَحْتَمِلُ باقِيَه ، أُعْطِىَ الشَّرِيكُ ، وكان جَمِيعُه حُرًّا ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . والأُخْرَى ، لا يَعْتِقُ إلَّا ما مَلَكَ منه) وجُمْلَتُه ، أنَّه إذا مَلَكَ شِقْصًا مِن عبدٍ ، فأعْتَقَه فى مَرَضِ مَوْتِه ، أو دَبَّرَه ، أو وَصَّى بعِتْقِه ، ثم

الإنصاف

قوله : وإنْ أَعْتَقَ شِرْكًا له فى عَبْدٍ ، أَوْ دَبَّرَه ، وثُلُثُه يحتَمِلُ باقِيَه ، أُعْطِىَ الشَّرِيكُ – يعْنِى قِيمَةَ حِصَّتِه – وكان جميعُه حُرًّا ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الخِرَقِىِّ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ؛ إحْداهما ، يعْتِقُ جميعُه . وهو المذهبُ . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » . واخْتارَه أبو

الشرح الكبير

مات ، ولم يَفِ ثُلُثُ مالِه بقيمَةِ نَصِيبِ الشَّرِيكِ ، لم يَعْتِقْ إلَّا نَصِيبُه ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ، إلَّا قَوْلًا شاذًّا ، أو قولَ مَن يَرَى السِّعايَةَ ؛ وذلك لأنَّه ليس له مِن مالِه إلَّا الثُّلُثُ الذى اسْتَغْرَقَتْه قِيمَةُ الشِّقْصِ ، فيَبْقَى [١٧/٦ و] مُعْسِرًا ، بمَنْزِلَةِ مَن أعْتَقَ فى صِحَّتِه شِقْصًا وهو مُعْسِرٌ . فإن كان ثُلُثُ مالِه يَفِى بقِيمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِه ، سَرَى إلى نَصِيبِ الشَّرِيكِ - فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن - فيَعْتِقُ العَبْدُ كُلُّه ، ويُعْطَى الشَّرِيكُ قِيمَةَ نَصِيبِه مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّ مِلْكَ المُعْتِقِ لثُلُثِ المالِ تامٌّ ، له التَّصَرُّفُ فيه بالتَّبَرُّعِ وغيرِه ، فهو كالِ الصَّحيحِ ، فأشْبَهَ عِتْقَ الصَّحيحِ المُوسِرِ . والثانيةُ ، لا يَعْتِقُ إلَّا حِصَّتُه ؛ لأنَّ مِلْكَه يَزُولُ إلى وَرَثَتِه بمَوْتِه ، فلا يَبْقَى شئٌ يُقْضَى منه الشَّرِيكُ . وبه قال الأوْزاعِىُّ . وقال القاضى : ما أعْتَقَه فى مَرَضِ مَوْتِه سَرَى ، وما دَبَّرَه أو وَصَّى بعِتْقِه لم يَسْرِ ، فالرِّوايَةُ فى سِرايَةِ العِتْقِ فى حالِ الحياةِ أصَحُّ ، والروايةُ فى وُقوفِه فى التَّدْبيرِ أصَحُّ . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ العِتْقَ فى الحياةِ يَنْفُذُ فى حالِ مِلْكِ المُعْتِقِ وصِحَّةِ تَصَرُّفِه ، وتَصَرُّفُه فى ثُلُثِه كتَصَرُّفِ الصحيحِ فى مالِه كُلِّه ، فأمَّا التَّدْبيرُ والوَصِيَّةُ ، فإنَّما يَحْصُلُ العِتْقُ به فى حالِ زَوالِ مِلْكِ المُعْتِقِ وتَصَرُّفاتِه .

الإنصاف

الخَطَّاب فى « خِلافِه » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » . والأُخْرَى ، لا يعْتِقُ إلَّا ما ملَك منه . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الوَجيزِ » . واخْتارَه الشِّيرازِىُّ ، والشَّرِيفُ . وقال القاضى : ما أعْتَقَه فى مرَضِ مَوْتِه ، سرَى ، وما دَبَّرَه أو وَصَّى بعِتْقِه ، لم يَسْرِ . فالرِّوايَةُ فى سِرايةِ العِتْقِ فى حالِ الحياةِ ، أصحُّ ، والرِّوايَةُ فى وُقوفِه فى التَّدْبيرِ ، أصحُّ . وهو رِوايَةٌ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . أعْنِى ، التَّفْرِقَةَ .

المقنع وَلَوْ أَعْتَقَ فِى مَرَضِهِ سِتَّةَ أَعْبُدٍ قِيمَتُهُمْ سَوَاءٌ ، وَثُلُثُهُ يَحْتَمِلُهُمْ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُهُمْ ، بِيعُوا فِى دَيْنِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتِقَ ثُلُثُهُمْ .

الشرح الكبير **٢٩٥٢** – مسألة : (وإن أعْتَقَ فى مَرَضِه سِتَّةَ أعْبُدٍ قِيمَتُهم سواءٌ ، وثُلُثُه يَحْتَمِلُهم ، ثم ظَهَر عليه دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُهم ، بِيعُوا فى دَيْنِه . ويَحْتَمِلُ أن يَعْتِقَ ثُلُثُهم) وجملةُ ذلك ، أنَّ المريضَ إذا أعْتَقَ عَبِيدَه فى مَرَضِه ، أو دَبَّرَهم ، أو وَصَّى بعِتْقِهم ، وهم يَخْرُجونَ مِن ثُلُثِه فى الظّاهِرِ ، فأعْتَقْناهم ، ثم مات ، فظَهَرَ عليه دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُهم ، تَبَيَّنّا بُطْلانَ عِتْقِهم وبَقاءَ رِقِّهم ، فيُباعُون فى الدَّيْنِ ، ويكونُ عِتْقُهم وَصِيَّةً ، والدَّيْنُ يُقَدَّمُ على الوَصِيَّةِ . قال علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : إنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قَضَى بالدَّيْنِ قبلَ الوصِيَّةِ[1] . ولأنَّ الدَّيْنَ يُقَدَّمُ على المِيراثِ بالاتِّفاقِ ، ولهذا تُباعُ التَّرِكَةُ فى قَضاءِ الدَّيْنِ ، وقد قال اللهُ تعالى : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾[2] . والمِيراثُ مُقَدَّمٌ على الوَصِيَّةِ فى الثُّلُثَيْن ، فما يُقَدَّمُ على المِيراثِ يَجِبُ أن يُقَدَّمَ على الوَصِيَّةِ . وبهذا قال الشافعىُّ . ورَدَّ ابنُ أبى لَيْلَى عَبْدًا أعْتَقَه سَيِّدُه عندَ المَوْتِ وعليه دَيْنٌ . قال أحمدُ : أحْسَنَ ابنُ أبى لَيْلَى . وذَكَر أبو الخَطَّابِ رِوايةً أُخْرَى ، فى الذى يُعْتِقُ عَبْدَه فى مَرَضِه

الإنصاف قوله : وإنْ أعْتَقَ فى مَرَضِه سِتَّةَ أعْبُدٍ قِيمَتُهم سَواءٌ ، وثُلُثُه يحْتَمِلُهم ، ثم ظهَر عليه دَيْنٌ يسْتَغْرِقُهم ، بِيعُوا فى دَيْنِه . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ،

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٤٦/١٧ .

(٢) سورة النساء ١١ .

الشرح الكبير

وعليه دَيْنٌ ، أنَّه يَعْتِقُ منه بقَدْرِ الثُّلُثِ ، ويُرَدُّ الباقِى ؛ لأنَّ تَصَرُّفَ المريضِ فى ثُلُثِه كتَصَرُّفِ الصحيحِ فى جميعِ مالِه ، وكما لو لم يكُنْ عليه دَيْنٌ . وقال قَتادَةُ ، وأبو حنيفةَ ، وإسحاقُ : يَسْعَى العَبْدُ فى قِيمَتِه . ولَنا ، أنَّه تَبَرَّعَ فى مَرَضِ مَوْتِه بما يُعْتَبَرُ خُرُوجُه مِن الثُّلُثِ ، فقُدِّمَ عليه الدَّيْنُ ، كالهِبَةِ ، ولأنَّه مُعْتَبَرٌ مِن الثُّلُثِ ، فقُدِّمَ عليه الدَّيْنُ ، كالوَصِيَّةِ . وخَفاءُ الدَّيْنِ لا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِه ، ولهذا يَمْلِكُ الغَرِيمُ اسْتِيفاءَه . فتَبَيَّنَ أنَّه أعْتَقَهُم وقد اسْتَحَقَّهُم الغَرِيمُ بدَيْنِه ، فلم يَنْفُذْ عِتْقُه ، كما لو أعْتَقَ مِلْكَ غيرِه .

فإن قال الوَرَثةُ : نحنُ نَقْضِى الدَّيْنَ ونُمْضِى العِتْقَ . لم يَنْفُذْ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ، حتى يَبْتَدِئُوا العِتْقَ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ كان مانِعًا منه ، فيكونُ باطِلًا ، ولا يَصِحُّ بزَوالِ المانِعِ بعدَه . والثانِى ، يَنْفُذُ العِتْقُ ؛ [١٧/٦ ظ] لأنَّ المانِعَ منه إنَّما هو الدَّيْنُ ، فإذا سَقَط وَجَب نُفوذُه ، كما لو أسْقَطَ الوَرَثةُ حُقُوقَهم مِن ثُلُثَى التَّرِكَةِ ، نَفَذَ[1] العِتْقُ فى الجَميعِ . ولأصْحابِ الشافعىِّ وَجْهان ، كهَذَيْن . وقِيلَ : إنَّ أصْلَ الوَجْهَيْن ، إذا تَصَرَّفَ الوَرَثةُ فى التَّرِكَةِ ببَيْعٍ أو غيرِه وعلى المَيِّتِ دَيْنٌ ، وقُضِىَ الدَّيْنُ ، هل يَنْفُذُ ؟ فيه وَجْهان .

الإنصاف

و « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، فى بابِ تبَرُّعاتِ المريضِ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونصَراه ، وقدَّمه فى « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . ويَحْتَمِلُ أنْ يعْتِقَ ثُلُثُهم . وهو رِوايَةٌ ذكَرَها أبو الخَطَّابِ . فإنِ الْتَزَمَ وارِثُه بقَضاءِ الدَّيْنِ ، ففى نفوذِ

---

(١) فى م : « بعد » .

الشرح الكبير

فصل : فإن أعْتَقَ المريضُ ثلاثَةَ أعْبُدٍ لا مالَ له غيرُهم ، فأقْرَعَ الوَرَثَةُ ، فأعْتَقُوا واحدًا وأرَقُّوا اثْنَيْن ، ثم ظَهَر عليه دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ نِصْفَهم ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، تَبْطُلُ القُرْعَةُ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ شَرِيكٌ فى الإِقْراعِ ، فإذا حَصَلَتِ القِسْمَةُ مع عَدَمِه كانت باطِلَةً ، كما لو قَسَم شَرِيكان دُونَ شَرِيكِهما الثّالِثِ . والثانى ، يَصِحُّ الإِقْراعُ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ إمْضاءُ القِسْمَةِ وإفْرادُ حِصَّةِ الدَّيْنِ مِن كلِّ واحدٍ مِن النَّصِيبَيْن ؛ لأنَّ القُرْعَةَ دَخَلَتْ لأجْلِ العِتْقِ دونَ الدَّيْنِ ، فيُقالُ للوَرَثَةِ : اقْضُوا ثُلُثَى الدَّيْنِ . وهو بقَدْرِ قِيمَةِ نِصْفِ العَبْدَيْن اللَّذَيْن بَقِيَا ؛ إمّا مِن العَبِيدِ ، وإمّا مِن غيرِهم ، ويَجِبُ رَدُّ نِصْفِ العَبْدِ الذى عَتَق ، فإن كان الذى أعْتَقَ عَبْدَيْن ، أقْرَعْنا بينَهما ، فإذا خَرَجَتِ

الإنصاف

عِتْقِهم وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وقالا : وقيل : أصْلُ الوَجْهَيْن ، إذا تصَرَّفَ الوَرَثَةُ فى التَّرِكَةِ ببَيْعٍ أو غيرِه ، وعلى المَيِّتِ دَيْنٌ ، فقُضِىَ الدَّيْنُ ، هل ينْفُذُ ؟ فيه وَجْهان . قلتُ : الصَّوابُ نُفوذُ عِتْقِهم .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو ظهَر عليه دَيْنٌ يسْتَغْرِقُ بعضَهم ، احْتَمَلَ بُطْلانَ عِتْقِ الكُلِّ ، واحْتَمَلَ أنْ يبْطُلَ بقَدْرِ الدَّيْنِ . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، [١٤٤/٣و] و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . الثَّانيةُ ، قوْلُه : وإنْ أعْتَقَهم ، فأعْتَقْنا ثُلُثَهم ، ثم ظهَر له مالٌ يخْرُجُون مِن ثُلُثِه ، عتَق مَن أُرِقَّ منهم . بلا نِزاعٍ . وكان كَسْبُهم لهم منذُ عتَقُوا . وقدَّم ابنُ رَزِينٍ ، أنَّه لا ينْفُذُ عِتْقُهم ، وحكاهما فى « الكافِى » احْتِمالَيْن .

المقنع

وَإِنْ أَعْتَقَهُمْ ، فَأَعْتَقْنَا ثُلُثَهُمْ ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ يَخْرُجُونَ مِنْ ثُلُثِهِ ، عَتَقَ مَنْ أُرِقَّ مِنْهُمْ .

الشرح الكبير

القُرْعَةُ على أحَدِهما ، وكان بقَدْرِ السُّدْسِ مِن التَّرِكَةِ ، عَتَق ، وبِيعَ الآخَرُ فى الدَّيْنِ ، وإن كان أكثرَ منه ، عَتَق منه بقَدْرِ السُّدْسِ ، وإن كان أقلَّ ، عَتَق ، وعَتَق مِن الآخَرِ تمامُ السُّدْسِ .

٢٩٥٣ – مسألة : (وإن أعْتَقَهم ، فأعْتَقْنا ثُلُثَهم ، ثم ظَهر له مالٌ يَخْرُجُون مِن ثُلُثِه ، عَتق مَن أُرِقَّ مِنْهُم) وجملتُه ، أنَّه إذا أعْتَقَ عَبِيدَه فى مَرَضِه ، أو دَبَّرهم ، أو وَصَّى بعِتْقِهم ، لم يَعْتِقْ منهم إلَّا الثُّلُثُ ، ويَرِقُّ الثُّلُثان ، إذا لم يُجزِ الورَثَةُ عِتْقَهم ، فإذا فَعَلْنا ذلك ، ثم ظَهر له مالٌ بقَدْرِ مِثْلَيْهم[1] ، تَبَيَّنَّا أنَّهم قد عَتَقُوا مِن حينَ أعْتَقَهم ، أو مِن حينِ مَوْتِه إن كان دَبَّرَهم أو وَصَّى بعِتْقِهم ؛ لأنَّ تَصَرُّفَ المريضِ فى ثُلُثِ مالِه نافِذٌ ، وقد بان أنَّهم ثُلُثُ مالِه ، وخَفاءُ ذلك علينا لا يَمْنَعُ كَوْنَه مَوْجُودًا ، فلا يَمْنَعُ كَوْنَ العِتْقِ واقعًا . فعلى هذا ، يَكونُ حُكْمُهم حُكْمَ الأحْرارِ مِن حينَ أعْتَقَهم ، فيكونُ كَسْبُهم لهم . وإن كانوا قد تُصُرِّفَ فيهم ببَيْعٍ أو هِبَةٍ أو رَهْنٍ أو تَزْوِيجٍ بغيرِ إذْنٍ ، كان باطِلًا . وإن كانوا قد تَصَرَّفُوا ، فحُكْمُ تَصَرُّفِهم حكمُ تَصَرُّفِ الأحرارِ ، فلو تَزَوَّجَ عَبْدٌ منهم بغيرِ إذْنِ[2] سَيِّدِه ، كان نِكاحُه صَحِيحًا ، ووَجَبَ عليه المَهْرُ . وإن ظَهر له مالٌ بقَدْرِ قِيمَتِهم ،

الإنصاف

....

(١) فى ر ٢ ، م : « ثلثيهم » .

(٢) إلى هنا ينتهى الجزء الخامس من نسخة جامعة الرياض ، والمشار إليها بـ « ر ٢ » .

الشرح الكبير

عَتَق ثُلثاهُم ؛ لأنَّه ثُلُثُ جميعِ المالِ ، فيُقْرَعُ بينَ الذين وُقِفُوا ، فيَعْتِقُ مَن تَقَعُ له القُرْعَةُ إن وَفَّى الثُّلُثان بقِيمَتِه وقِيمَةِ الأَوَّلِ ، وإلَّا عَتَق منه تَمامُ الثُّلُثَيْن . وإن ظَهَر له مالٌ بقَدْرِ نِصْفِهم ، عَتَق نِصْفُهم ، وإن كان بقَدْرِ ثُلُثِهم ، عَتَق أَرْبعةُ أتساعِهم ، وعلى هذا الحِسابُ .

فصل : وإن وَصَّى بعِتْقِ عبدٍ له يَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ ، وَجَب على الوَصِيِّ إعْتاقُه ، فإن وَصَّى بذلك [٦/١٨ و] ورَثَته لَزِمَهم إعْتاقُه ، فإنِ امْتَنَعُوا أَجْبَرَهم السُّلْطانُ أو مَن يَنوبُ مَنابَه كالحاكِمِ ؛ لأنَّ هذا حَقٌّ للهِ تعالى وللعَبْدِ ، ومَن وَجَب عليه ذلك ناب السُّلطانُ عنه أو نائِبُه ، كالزَّكاةِ والدُّيونِ . فإذا أعْتَقَه الوارِثُ أو السلطانُ عَتَق ، وما اكْتَسَبَه في حياةِ المُوصِي فهو للمُوصِي ، يكونُ مِن تَرِكَتِه إن بَقِيَ بعدَه ؛ لأنَّه كَسْبُ عبدِه القِنِّ ، وما كَسَبَه بعدَ موتِه وقبلَ إعْتاقِه فهو للوارِثِ . وقال القاضِي : هو للعَبْدِ ؛ لأنَّه كَسَبَه بعدَ اسْتِقْرارِ سَبَبِ العِتْقِ ، فكان له ، ككَسْبِ المُكاتَبِ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعيِّ : فيه قَوْلان ، مَبْنِيَّان على القَوْلَيْن في كَسْبِ العَبْدِ المُوصَى به قبلَ قَبولِ الوَصِيَّةِ[1] . ولَنا ، أنَّه عَبْدٌ قِنٌّ ، فكان كَسْبُه للوَرَثةِ ، كغيرِ المُوصَى بعِتْقِه ، وكالمُعَلَّقِ عِتْقُه بصِفَةٍ ، وفارَقَ المُكاتَبَ ؛ فإنَّه يَمْلِكُ كَسْبَه قبلَ عِتْقِه ، فكذلك بعدَه ، ويَبْطُلُ ما ذَكَرُوه بأُمِّ الوَلَدِ ؛ فإنَّ عِتْقَها قد اسْتَقَرَّ سَبَبُه في حياةِ سَيِّدِها ، وكَسْبُها

الإنصاف ....

(١) انظر ما تقدم في صفحة ٧ وما بعدها .

الشرح الكبير

له ، والمُوصَى به مَمْنُوعٌ ، وإن سَلَّمْناه ، فالفَرْقُ بينَهما أنَّ المُوصَى به قد تَحَقَّقَ فيه سَبَبُ المِلْكِ ، وإنَّما وُقِفَ على شَرْطٍ هو القَبولُ ، فإذا وُجِدَ الشَّرْطُ اسْتَنَدَ الحُكْمُ إلى ابْتداءِ السَّبَبِ ، وفى الوَصِيَّةِ بالعِتْقِ ما وُجِد السَّبَبُ ، وإنَّما أوْصَى بإيجادِه ، وهو العِتْقُ ، فإذا وُجِد لم يَجُزْ أن يَثْبُتَ حُكْمُه سابقًا عليه ، ولهذا يَمْلِكُ المُوصَى له القَبُولَ[1] بنَفْسِه . والعبدُ هٰهُنا لا يَمْلِكُ أن يُعْتِقَ نَفْسَه . فإن مات العبدُ قبلَ مَوْتِ سَيِّدِه ، وقبلَ إعْتاقِه ، فما كَسَبَه للوَرَثَةِ على قَوْلِنا ، ولا نعلمُ قولَ مُخالِفِينا فيه .

فصل : فإن عَلَّقَ عِتْقَ عبدِه على شَرْطٍ فى صِحَّتِه ، فوُجِدَ فى مَرَضِه ، اعْتُبِرَ خُرُوجُه مِن الثُّلُثِ . قالَه أبو بكرٍ ، قال[2] : وقد نَصَّ أحمدُ على مِثْلِ هذا فى الطَّلاقِ . وقال أبو الخَطَّاب : فيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّه يَعْتِقُ مِن رأسِ المالِ . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه لا[2] يُتَّهَمُ فيه ، فأشْبَهَ العِتْقَ فى صِحَّتِه . ولَنا ، أنَّه عَتَق فى حالِ تَعَلُّقِ حَقِّ الوَرَثَةِ بثُلُثَىْ مالِه ، فاعْتُبِرَ مِن الثُّلُثِ ، كالمُنْجزِ . وقَوْلُهم : لا يُتَّهَمُ فيه . قُلْنا : وكذلك العِتْقُ المُنْجَزُ لا يُتَّهَمُ فيه ؛ فإنَّ الإنْسانَ لا يُتَّهَمُ بمُحاباةِ غيرِ الوارثِ وتَقْدِيمِه على وارِثِه ، وإنَّما مُنِع منه لِما فيه مِن الضَّرَرِ بالوَرَثَةِ ، وهو حاصِلٌ هٰهُنا . ولو قال : إذا قَدِم زَيْدٌ وأنا مَرِيضٌ فأنْتَ حُرٌّ . فقَدِمَ وهو مَرِيضٌ ، كان مُعْتَبَرًا مِن الثُّلُثِ ، وَجْهًا واحِدًا .

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « بالقبول » .

(٢) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ جَزَّأْنَاهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ؛ كُلَّ اثْنَيْنِ جُزْءًا ، وَأَقْرَعْنَا بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمَيْ رِقٍّ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ عَتَقَ ، وَرَقَّ الْبَاقُونَ .

الشرح الكبير

٢٩٥٤ – مسألة : (وإن لم يَظْهَرْ له مالٌ جَزَّأْناهم ثلاثةَ أجْزاءٍ ؛ كلَّ اثْنَيْن جُزْءًا ، وأقْرَعْنا بينَهم بسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وسَهْمَىْ رِقٍّ ، فمن خَرَج له سَهْمُ الحرِّيَّةِ عَتَق ، ورَقَّ الباقُونَ) وبه قال عمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، وأبانُ بنُ عثمانَ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ ، وإسْحاقُ ، وداودُ ، وابنُ جريرٍ . وقال أبو حنيفةَ : يَعْتِقُ مِن كلِّ واحدٍ ثُلُثُه ، ويُسْتَسْعَى فى باقِيه . ورُوِىَ نحوُ هذا عن سَعيدِ ابنِ المُسَيَّبِ ، وشُرَيْحٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، وقتادَةَ ، وحَمّادٍ ؛ لأنَّهم [١٨/٦ ظ] تساوَوْا فى سَبَبِ الاسْتِحْقاقِ ، فيَتَساوَوْن فى الاسْتِحْقاقِ ، كما لو كان يَمْلِكُ[1] ثُلُثَهم وَحْدَه ، وهو ثُلُثُ مالِه ، أو كما لو وَصَّى بكُلِّ واحدٍ منهم لرجلٍ . وأنْكَرَ أصْحابُ أبى حنيفةَ القُرْعَةَ ، وقالوا : هى مِن القِمارِ وحُكْمِ الجاهِلِيَّةِ . ولَعَلَّهم يَرُدُّون الخبرَ الوارِدَ فى هذه المسْألَةِ لمُخالَفَتِه قياسَ الأُصُولِ . وذُكِرَ الحديثُ لحَمّادٍ ، فقال : هذا قولُ الشَّيْخِ . يَعْنِى إبْلِيسَ ، فقال له محمدُ بنُ ذَكْوانَ : وُضِعَ القَلَمُ عن ثَلاثةٍ ؛ أحَدُهم المجْنونُ حتى يُفِيقَ . يَعْنِى – إنَّك مَجْنونٌ . فقال له حَمّادٌ : ما دَعاك إلى هذا ؟ فقال له[2] محمدٌ : وأنت ما دَعاك إلى هذا ؟

الإنصاف ....

---

(١) فى م : « لا يملك إلَّا » .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

وهذا قَليلٌ فى جوابِ حَمَّادٍ ، وكان حَرِيًّا أن يُسْتَتابَ عن هذا ، فإنْ تابَ وإلَّا ضُرِبَتْ عُنُقُه[1] . ولَنا ، ما روَى عِمْرانُ بنُ حُصَيْنٍ ، أنَّ رجلًا مِن الأنْصارِ أعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِين فى مَرَضِه لا مالَ له غيرُهم ، فجَزَّأهم رسولُ اللهِ ﷺ سِتَّةَ أجْزاءٍ ، فأعْتَقَ اثْنَيْن ، وأرَقَّ أرْبَعةً[2] . وهذا نَصٌّ فى مَحَلِّ النِّزاعِ ، وحُجَّةٌ لَنا فى الأمْرَيْن المُخْتَلَفِ فيهما ، وهما جَمْعُ الحُرِّيَّةِ واسْتِعْمالُ القُرْعَةِ ، وهو حديثٌ صَحيحٌ ، رَواه مسلمٌ ، وأبو داودَ ، وسائِرُ أصْحابِ السُّنَنِ . ورَواه عن عِمْرانَ : الحسنُ ، وابنُ سِيرين ، وأبو المُهَلَّبِ ، ثلاثَةُ أئِمَّةٍ . ورَواه الإمامُ أحمدُ[3] ، عن إسْحاقَ بنِ عيسَى ، عن هُشَيْمٍ ، عنْ خالدٍ الحَذَّاءِ ، عن أبى قِلابَةَ ، عن أبى زَيْدٍ الأنْصارِىِّ ، رجلٍ مِن أصْحابِ النبىِّ ﷺ . ورُوِىَ نحْوُه عن أبى هُرَيْرَةَ ، عن النبىِّ ﷺ[4] . ولأنَّه حَقٌّ فى تَفْرِيقِه ضَرَرٌ ، فوَجَبَ جَمْعُه بالقُرْعَةِ ، كقِسْمَةِ الإجْبارِ إذا طَلَبَها أحدُ الشُّرَكاءِ ، ونَظِيرُه مِن القِسْمَةِ ما لو كانتْ دارٌ بين اثْنَيْن ؛ لأحَدِهما ثُلُثُها وللآخرِ ثُلُثاها ، وفيها ثلاثةُ مَساكِنَ مُتساوِيَةٌ لا ضَرَرَ فى قِسْمَتِها ، فطَلَبَ أحَدُهما القِسْمَةَ ، فإنَّه يُجْعَلُ كُلُّ بَيْتٍ سَهْمًا[5] ،

الإنصاف ....

(١) هذه الحكاية مما يُستبعد وقوعه ، وإن ثبتت ، فهى من النوادر ، فمرجع جميع الأئمة كتاب الله الكريم وما صح عن رسوله الأمين ، وكل إنسان يؤخذ من قوله ويُرَدّ إلَّا رسولنا محمدًا ﷺ .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٢٤/١٧ وصفحة ١١٠ .

(٣) فى : المسند ٣٤١/٥ .

(٤) أخرجه البيهقى ، فى السنن الكبرى ٢٨٦/١٠ .

(٥) فى الأصل : « بينهما » .

الشرح الكبير

ويُقْرَعُ بينَهم بثَلاثَةِ أسْهُمٍ ؛ لصاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمٌ ، ولِلآخَرِ سَهْمان . وقَوْلُهم : إنَّ الخبرَ يُخالِفُ قِياسَ الأُصُولِ . نَمْنَعُ ذلك ، بل هو مُوافِقٌ لِما ذَكَرْناه . وقياسُهم فاسِدٌ ؛ لأنَّه إذا كان مِلْكُه[1] ثُلُثَهم وَحْدَه ، لم [2]يُمْكِنْ جَمْعُ[2] نَصِيبِه ، والوَصِيَّةُ لا ضَرَرَ في تَفْرِيقِها ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا . وإن سَلَّمْنا مُخالَفَتَه قِياسَ الأُصُولِ ، فقَوْلُ رسولِ اللهِ ﷺ واجِبُ الاتِّباعِ ، سَواءٌ وافَقَ القِياسَ أو خالَفَه ؛ لأنَّه قولُ المَعْصُومِ الذى جَعَلَ اللهُ تعالى قَوْلَه حُجَّةً على الخَلْقِ أجْمعين ، وأمَرَ باتِّباعِه وطاعَتِه ، وحَذَّرَ العِقابَ فى مُخالَفَةِ أمْرِه ، وجَعَلَ الفَوْزَ فى طاعَتِه والضَّلالَ فى مَعْصِيَتِه . وتَطَرُّقُ الخَطَأ إلى القائِسِ فى قِياسِه أغْلَبُ مِن تَطَرُّقِ الخَطَأ إلى أصْحابِ رسولِ اللهِ ﷺ والأئِمَّةِ بعدَهم فى رِوايَتِهِمْ ، على أنَّهم قد خالَفُوا قِياسَ الأُصُولِ بأحاديثَ ضَعِيفَةٍ ، فأوْجَبُوا الوُضُوءَ بالنَّبِيذِ فى السَّفَرِ دُونَ الحَضَرِ ، ونَقَضُوا الوُضُوءَ بالقَهْقَهَةِ فى الصَّلاةِ دُونَ [١٩/٦ و] خارِجِها ، وقَوْلُهم فى مَسْأَلَتِنا فى مُخالَفَةِ القِياسِ والأُصُولِ أشَدُّ وأعْظَمُ ، والضَّرَرُ فى مَذْهَبِهم أعْظَمُ ؛ وذلك لأنَّ الإجْماعَ مُنْعَقِدٌ على أنَّ صاحِبَ الثُّلُثِ فى الوَصِيَّةِ وما فى مَعْناها ، لا يَحْصُلُ له شىءٌ [3]حتى يَحْصُلَ للوَرَثَةِ مِثْلاه ، وفى مَسْأَلَتِنا يُعْتِقُون الثُّلُثَ ، ويَسْتَسْعُون العَبْدَ فى الثُّلُثَيْن ، فلا يَحْصُلُ للوَرَثَةِ شىءٌ[3] فى

(١) فى م : « ملكهم » .
(٢ - ٢) فى م : « يكن جميع » .
(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

الحالِ ، ويُحِيلُونَهم على السِّعايَةِ ، فرُبَّما لا يَحْصُلُ منها شىءٌ أصْلًا ، ورُبَّما لا يَحْصُلُ منها فى الشَّهْرِ إلَّا اليَسِيرُ ، كالدِّرْهَمِ والدِّرْهَمَيْن ، فيكونُ هذا كمَن لم يَحْصُلْ[1] له شىءٌ ، وفيه ضَرَرٌ على العَبِيدِ ؛ لأنَّهم يُجْبِرونَهم على الكَسْبِ والسِّعايَةِ مِن غيرِ اخْتيارِهم ، وربَّما كان المُجْبَرُ[2] جارِيَةً ، فيَحْمِلُها ذلك على البِغاءِ ، أو عَبْدًا ، فيَسْرِقُ أو يَقْطَعُ الطَّرِيقَ ، وفيه ضَرَرٌ على المَيِّتِ ، حيثُ أفْضَوْا بوَصِيَّتِه إلى الظُّلْمِ والإِضْرارِ ، وتَحْقيقِ ما يُوجِبُ له العِقابَ مِن رَبِّه والدُّعاءَ عليه مِن عَبيدِه ووَرَثَتِه . وقد رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ فى الحديثِ الذى ذَكَرْناه فى حَقِّ الذى فَعَل هذا ، قال : « لَوْ شَهِدْتُه[3] لَمْ يُدْفَنْ فى مَقَابِرِ المُسْلِمِينَ »[4] . قال ابنُ عبدِ البَرِّ[5] : فى قَوْلِ الكُوفِيِّين ضُروبٌ مِن الخَطأِ والاضْطِرابِ ، مع مُخالَفَةِ السُّنَّةِ الثابِتَةِ . وأشارَ إلى ما ذَكَرْناه . وأمّا إنْكارُهم القُرْعَةَ ، فقد جاءَتْ فى الكِتابِ والسُّنَّةِ والإِجْماعِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَـٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾[6] . وقال سبحانه : ﴿ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ ﴾[7] . وأمّا السُّنَّةُ ، فقال أحمدُ : فى القُرْعَةِ خَمْسُ سُنَنٍ ؛

الإنصاف ....

---

(١) فى الأصل : « يجعل » .

(٢) فى الأصل : « المخبر » .

(٣) فى الأصل : « شهد به » .

(٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب من أعتق عبيدًا له لم يبلغهم الثلث ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/٣٥٣ .

(٥) فى : الاستذكار ٢٣/١٤٤ - ١٤٦ .

(٦) سورة آل عمران ٤٤ .

(٧) سورة الصافات ١٤١ .

الشرح الكبير

أَقْرَعَ بينَ نِسائِه[1] . وأَقْرَعَ فى سِتَّةِ مَمْلُوكِين[2] . وقال لرَجُلَيْن : « اسْتَهِمَا »[3] . وقال : « مَثَلُ الْقَائِمِ بِحُدُودِ اللهِ والْمُدَاهِنِ فِيهَا ، كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ »[4] . وقال : « لَوْ يَعْلَمُ النَّاسُ ما فِى النِّدَاءِ والصَّفِّ الأَوَّلِ لاسْتَهَمُوا عَلَيْهِ »[5] . وفى حديثِ الزُّبَيْرِ ، أنَّ صَفِيَّةَ جاءَتْ بثَوْبَيْنِ ليُكَفَّنَ فيهما حَمْزَةُ ، فَوَجَدْنا إلى جَنْبِه قَتِيلًا ، فقُلْنا : لحمزَةَ ثَوْبٌ وللأنْصارِىِّ ثَوْبٌ . فَوَجَدْنا أحَدَ الثَّوْبَيْن أوْسَعَ مِنَ الآخرِ ، فأَقْرَعْنا عَليهما ، ثم كَفَّنَّا كُلَّ وَاحِدٍ فى الثَّوْبِ الذى صارَ[6] له[7] . وتَشاحَّ النَّاسُ يَوْمَ القادِسِيَّةِ فى الأذانِ ، فأَقْرَعَ بينَهم سَعْدٌ[8] . وأجْمَعَ العُلماءُ على اسْتِعْمالِها فى القِسْمَةِ ، ولا نَعْلَمُ بينَهم خِلافًا فى أنَّ الرجلَ يُقْرِعُ بينَ نِسائِه إذا أرادَ السَّفَرَ بإحْداهُنَّ ، وإذا أرادَ البِدَايةَ فى القِسْمَةِ بَيْنَهُنَّ ، وبَيْنَ الأوْلِياءِ إذا تَشاحُّوا فى مَن يَتولَّى التَّزْوِيجَ ، أو مَن يتولَّى اسْتيفاءَ القِصاصِ ، وأشباهِ هذا .

الإنصاف ....

(1) تقدم تخريجه فى 10/32 .
(2) هو حديث عمران بن حصين ، تقدم تخريجه فى 17/124 .
(3) تقدم تخريجه فى 11/257 .
(4) أخرجه البخارى ، فى : باب هل يقرع فى القسمة والاستهام فيه ، من كتاب الشركة ، وفى : باب القرعة فى المشكلات ، من كتاب الشهادات . صحيح البخارى 3/182 ، 237 . والترمذى ، فى : باب منه حدثنا أحمد بن منيع ... من أبواب الفتن . عارضة الأحوذى 9/19 . والإمام أحمد ، فى : المسند 4/268 ، 270 .
(5) تقدم تخريجه فى 3/44 .
(6) فى م : « طار » .
(7) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند 1/165 .
(8) تقدم تخريجه فى 3/61 .

الشرح الكبير

فصل فى كيفيَّةِ القُرْعَةِ : قال أحمدُ : قال سعيدُ بنُ جُبَيْرٍ : يُقْرَعُ بينَهم بالخواتِيمِ . أَقْرَعَ بينَ اثْنَيْن فى ثَوْبٍ ، فأخْرَجَ خاتِمَ هذا (١)وخاتمَ هذا(١) . ثم قال : يَخْرُجُون بالخَواتِيمِ ثم تُدْفَعُ إلى رجلٍ ، فيُخْرِجُ منها وَاحدًا . قال أحمدُ : بأىِّ شىءٍ خَرَجَتْ ممَّا يتَّفقان عليه وَقَع الحُكْمُ به ، سواءٌ كان رِقاعًا أو خَواتِيمَ . وقال أصحابُنا المُتأخِّرون : الأَوْلَى أن يَقْطَعَ رِقاعًا صِغارًا مُسْتَوِيةً ، ثم تُجْعَلَ فى بنادِقِ شَمْعٍ أو غيرِه ، متساويةِ القَدْرِ والوَزْنِ [١٩/٦ ظ] ثم تُلْقَى فى حِجْرِ رَجُلٍ لم يَحْضُرْ ، ويُغَطَّى عليها بثَوْبٍ ، ثم يُقالُ له : أَدْخِلْ يَدَكَ فأَخْرِجْ بُنْدُقَةً . فيَفُضُّها ويَعْلَمُ ما فيها . وهذا قولُ الشافعىِّ .

وفى كَيْفِيَّةِ القُرْعَةِ والعِتْقِ سِتُّ مَسائِلَ ؛ أحَدُها ، أن يُعْتِقَ عَددًا مِن العَبِيدِ لهم ثُلُثٌ صحيحٌ ، كثلاثةٍ أو تِسْعَةٍ أو سِتَّةٍ و(٢) قِيمَتُهم مُتَساوِيةٌ ، ولا مالَ له غيرُهم ، فيُجَزَّءون ثَلاثَةَ أجْزاءٍ ؛ جُزْءًا للحُرِّيَّةِ ، وجُزْأَين للرِّقِّ ، ويُكْتَبُ ثلاثُ رِقاعٍ ؛ فى واحِدةٍ حُرِّيَّةٌ ، وفى اثْنَيْن رِقٌّ ، وتُتْرَكُ فى ثلاثِ بَنادِقَ ، وتُغَطَّى بثَوْبٍ ، ويُقالُ لرَجُلٍ لم يَحْضُرْ : أَخْرِجْ على اسْمِ هذا الجُزْءِ . فإن خَرَجَتْ قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ ، عَتَق ، ورَقَّ الجُزْءان الآخران ، وإن خَرَجَتْ قُرْعةُ(٣) رِقٍّ ، رَقَّ وأُخْرِجَتْ أُخْرَى على جُزْءٍ آخَرَ ، فإن

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « أو » .

(٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

خَرَجَتْ رقعةُ الحريَّةِ ، عَتَقَ ، ورقَّ الجُزْءُ الثَّالِثُ ، وإن خَرَجَتْ رُقْعَةُ[1] الرِّقِّ ، رَقَّ ، وعَتَق الجزْءُ الثَّالِثُ ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ تعيَّنَتْ فيهم ، وإن شِئتَ كَتَبْتَ اسْمَ كُلِّ جُزْءٍ فى رُقْعَةٍ ، ثم أخْرَجْتَ رُقْعَةً على الحُرِّيَّةِ ، فإذا أخْرَجْتَ رُقْعَةً ، عَتَق المُسَمَّوْن فيها ، ويَرِقُّ الباقُون ، وإنْ أخْرَجْتَ رُقْعَةً على الرِّقِّ ، رَقَّ المُسَمَّوْن فيها ، (2ثم تُخْرِجُ أُخْرَى على الرِّقِّ ، فَيَرِقُّ المُسَمَّوْن فيها ، ويَعْتِقُ الجُزْءُ الثَّالِثُ ، وإنْ أخْرَجْتَ الثَّانِيَةَ على الحُرِّيَّةِ ، عَتَق المُسَمَّوْن فيها2) ، ورَقَّ الثَّالِثُ .

المسألةُ الثَّانِيةُ ، أن تُمْكِنَ قِسْمَتُهم أثْلاثًا ، وقِيمَتُهم مُخْتَلِفَةٌ يُمْكِنُ تَعْدِيلُهم بالقِيمَةِ ، كسِتَّةٍ ؛ قِيمَةُ اثْنَيْن منهم ثلاثةُ آلافٍ (3ثَلاثَةُ آلافٍ3) ، وقيمةُ اثنين ألفان ألفان[4] وقيمَةُ اثْنَيْن ألْفٌ ألْفٌ[4] ، فتَجْعَلُ الاثْنَيْن الأوْسَطَيْن جُزْءًا ، وتَجْعَلُ اثْنَيْن قِيمَةُ أحَدِهما ثلاثةُ آلافٍ مع آخَرَ قِيمَتُه ألْفٌ جُزْءًا ، والآخَرَيْن جُزْءًا ، فيكونُونَ[5] ثلاثةَ أجْزاءٍ مُتَساوِيَةٍ فى العَدَدِ والقِيمَةِ ، على ما قَدَّمْناه فى المَسْأَلَةِ الأُولَى . قِيلَ لأحمدَ : لم يسْتَوُوا فى القِيمَةِ ؟ قال : يُقَوَّمُون بالثَّمَنِ .

المسألةُ الثَّالِثةُ ، أن يَتَساوَوْا فى العَدَدِ ويَخْتَلِفوا فى القِيمَةِ ، ولا يُمْكِنُ

الإنصاف ....

(1) فى م : « قرعة » .
(2 – 2) سقط من : الأصل .
(3 – 3) سقط من : م .
(4) سقط من : م .
(5) فى م : « فتكون » .

الشرح الكبير

الجَمْعُ بينَ تَعْدِيلِهم بالعَدَدِ والقِيمَةِ معًا ، ولكن يُمْكِنُ تَعْدِيلُهم بكُلِّ واحدٍ منهما مُنْفَرِدًا ، كسِتَّةِ أعْبُدٍ ، قِيمَةُ أحَدِهم ألْفٌ ، وقِيمَةُ اثْنَيْن ألْفٌ ، وقِيمَةُ ثلاثةٍ ألفٌ ، فإنَّهم يُعَدِّلُونَ بالقِيمَةِ دُونَ العَدَدِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : إذا كانت قِيمةُ واحدٍ مثلَ اثْنَيْن قُوِّمَ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يَقَعَ العِتْقُ فى أكثرَ مِن الثُّلُثِ ولا أقلَّ ، وفى قِسْمَتِه بالعَدَدِ تكْرارُ القُرْعةِ ، وتَبْعِيضُ العِتْقِ حتى يَكْمُلَ الثُّلُثُ ، فكانَ التَّعْدِيلُ بالقِيمَةِ أوْلَى . بَيانُ ذلك ، أنَّا لو جَعَلْنا مع الذى قِيمَتُه ألفٌ آخَرَ ، فخَرَجَتْ قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ لهما ، احْتَجْنا أن نُعِيدَ القُرْعَةَ بينَهما ، فإذا خَرَجَتْ على القليلِ القِيمَةِ عَتَق ، وعَتَق مِن الذى قِيمَتُه ألفٌ تَمامُ الثُّلُثِ . وإن وَقَعَتْ قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ على اثْنَيْن قِيمَتُهما دُونَ الثُّلُثِ عَتَقا ، ثم أُعِيدَت لتَكْمِيلِ الثُّلُثِ ، فإذا وَقَعَتْ على واحدٍ ، كَمَلَتِ الحُرِّيَّةُ منه ، فحَصَلَ ما ذَكَرْناه مِن التَّبْعِيضِ والتَّكْرارِ ، ولأنَّ قِسْمَتَهم بينَ المُشْتَرِكِين فيهم ، إنَّما يُعَدَّلُون فيها بالقِيمَةِ دُونَ الأجْزاءِ . فعلى هذا ، تَجْعَلُ الذى قِيمَتُه ألفٌ جُزْءًا ، والاثْنَيْن اللَّذَيْن قِيمَتُهما ألفٌ جُزْءًا ، والثَّلاثةَ الباقِين جُزْءًا ، ثم يُقْرَعُ [٢٠/٦ و] بينَهم ، على ما ذَكَرْنا .

(١)المسألةُ الرابعةُ : أمْكَنَ تَعْدِيلُهم بالقيمةِ دونَ العَدَدِ ، كسَبْعَةٍ قِيمَةُ واحِدٍ ألْفٌ ، وقيمةُ اثنين ألفٌ ، وقيمةُ أربعةٍ ألفٌ ، فيُعَدَّلُون بالقيمةِ دون العَدَدِ ، كما ذكرنا(١) .

الإنصاف ....

(١ - ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

المسألةُ الخامسةُ ، أمْكَنَ تَعْدِيلُهم بالعَددِ دونَ القِيمَةِ ، كسِتَّةِ أعْبُدٍ ، قِيمَةُ اثْنَيْن ألفٌ ، وقِيمَةُ اثنين سَبْعُمائةٍ ، وقِيمَةُ اثْنَيْن خَمْسُمائةٍ ، فهٰهُنا تُجَزِّئُهم بالعَددِ ؛ لتَعَذُّرِ تجْزِئَتِهم بالقِيمَةِ ، فتَجْعَلُ كلَّ اثْنَيْن جُزْءًا ، وتَضُمُّ كلَّ واحدٍ مِمَّن قِيمَتُهما قليلةٌ إلى واحدٍ ممَّن قِيمَتُهما كثيرةٌ ، وتَجْعَلُ المُتَوسِّطَيْن جُزْءًا ، وتُقْرِعُ بينَهم ، فإن وَقَعَتْ قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ على حرٍّ قِيمَتُه أكثرُ مِن الثُّلُثِ أُعِيدَتِ القُرْعَةُ بينَهما ، فيَعْتِقُ مَن تَقَعُ له قُرْعَةُ الحرِّيَّةِ ، ويَعْتِقُ مِن الآخَرِ تَتِمَّةُ الثُّلُثِ ويَرِقُّ باقِيه والباقُون ، وإن وَقَعَتِ الحُرِّيَّةُ على جُزْءٍ أقلَّ مِن الثُّلُثِ ، عَتَقا جميعًا ، ثم يَكْمُلُ الثُّلُثُ مِن الباقِين بالقُرْعَةِ .

المسألةُ السادسةُ ، لم يُمْكِنْ تَعْدِيلُهم بالعَددِ ولا بالقِيمَةِ ، كخَمْسةِ أعْبُدٍ ، قِيمَةُ أحدِهم ألفٌ ، واثْنان ألفٌ ، واثْنان ثلاثةُ آلافٍ ، فيَحْتَمِلُ أن تُجَزِّئَهم ثلاثةَ أجْزاءٍ ، فتَجْعَلَ أكْثَرَهم قِيمةً[1] جزءًا ، وتَضُمَّ إلى الثاني[2] أقَلَّ الباقِين قِيمةً ، وتجْعَلَهُما جُزْءًا والباقِين جُزْءًا ، وتُقْرِعَ بينَهم بسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وسَهْمَىْ رِقٍّ ؛ لأنَّ هذا أقْرَبُ إلى ما فَعَلَه النبىُّ ﷺ ويُعَدَّلَ الثُّلُثُ بالقِيمَةِ على ما تقدَّم ، ويَحْتَمِلُ أن لا يُجَزِّئَهم ، بل تُخْرَجُ القُرْعَةُ على واحدٍ واحدٍ ، حتى يَسْتَوْفِىَ الثُّلُثَ ، فيَكْتُبَ خَمْسَ رِقاعٍ بأسْمائِهم ، ثم يُخْرِجُ رُقْعةً على الحُرِّيَّةِ ، فمَن خَرَج اسْمُه فيها عَتَق ، ثم يُخْرِجُ الثانيةَ ، فمَن خَرَج اسْمُه فيها عَتَق منه تَمامُ الثُّلُثِ .

الإنصاف

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « الباق » .

المقنع

فَإِنْ كَانُوا ثَمَانِيَةً ، فَإِنْ شَاءَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ [١٩٤و] بِسَهْمَىْ حُرِّيَّةٍ ، وَخَمْسَةِ رِقٍّ ، وَسَهْمٍ لِمَنْ ثُلُثَاهُ حُرٌّ . وَإِنْ شَاءَ جَزَّأَهُمْ أَرْبَعَةَ أَجْزَاءٍ ، وَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ ، وَثَلَاثَةِ رِقٍّ ، ثُمَّ أَعَادَ الْقُرْعَةَ بَيْنَهُمْ لِإِخْرَاجِ مَنْ ثُلُثَاهُ حُرٌّ . وَإِنْ فَعَلَ غَيْرَ ذَلِكَ جَازَ .

الشرح الكبير

٢٩٥٥ – مسألة : (وإن كانوا ثمانيةً ، فإن شاءَ أقْرَعَ بينَهم بسَهْمَىْ حُرِّيَّةٍ ، وخمسةِ رِقٍّ ، وسهمٍ لمَن ثُلُثاه حُرٌّ . وإن شاء جَزَّأَهُم أرْبَعَةَ أجْزاءٍ ، فأقْرَعَ بينَهم بسَهْمِ حُرِّيَّةٍ ، وثَلاثَةِ رِقٍّ ، ثم أعادَ القُرْعَةَ لإِخْراجِ مَن ثُلُثاه حُرٌّ . وإن فَعَل غيرَ ذلك جازَ) بأن يَجْعَلَ ثَلاثَةً جُزْءًا ، وثَلاثةً جُزْءًا ، واثْنَين جُزْءًا ، فإن خَرَجَتِ القُرْعةُ[1] على الاثْنَيْن عَتَقا ، وكُمِّلَ الثُّلُثُ بالقُرْعَةِ مِن الباقِين ، وإن خَرَجَت لثَلاثَةٍ[2] أقْرِعَ بينَهم بسَهْمَىْ حُرِّيَّةٍ ، وسَهْمِ رِقٍّ ، فإن كان جَمِيعُ مالِه عَبْدَيْنِ ، أقْرَعْنا بينَهم بسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وسَهْمِ[3] رِقٍّ على كلِّ حالٍ .

فصل : قد ذَكَرْنا أنَّه إذا كان للمُعْتِقِ مالٌ غيرَ العَبيدِ مِثْلا قِيمَةِ العَبيدِ عَتَقُوا جَميعُهم ؛ لخُروجِهم مِن الثُّلُثِ ، وإن كان أقَلَّ مِن مِثْلَيْهم ، عَتَق مِن العَبيدِ قَدْرُ ثُلُثِ المالِ كلِّه ، فإذا كان العَبيدُ نِصفَ المالِ عَتَق ثُلُثاهُم ، وإن كانوا ثُلُثَىِ المالِ عَتَق نِصْفُهم ، وإن كانوا ثلاثةَ أرْباعِه عَتَق أرْبعةُ

الإنصاف

....

---

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « الثلاثة » .

(٣) في م : « سهمى » .

الشرح الكبير

أتساعِهم . وطَرِيقُهُ أن تَضْرِبَ قِيمَةَ العَبيدِ فى ثلاثةٍ ، ثم تَنْسِبَ إليه مَبْلَغَ التَّرِكَةِ ، فما خَرَج بالنِّسْبَةِ عَتَق مِن العَبِيدِ مِثْلُها ، فإذا كانت قِيمَةُ العَبيدِ ألفًا ، وباقِى التَّرِكَةِ ألْفَيْن ، ضَرَبْتَ قِيمَةَ العَبيدِ فى ثلاثةٍ ، تكُنْ ثلاثةَ آلافٍ ، ثم تَنْسِبُ إليها الألْفَيْن ، تكُنْ ثُلُثَيْها ، فيَعْتِقُ ثُلُثاهُم ، وإن كانت قِيمَةُ العَبيدِ ثلاثةَ آلافٍ ، وباقِى التَّرِكَةِ ألفٌ ، ضَرَبْنا قِيمَتَهم فى ثلاثةٍ ، تكُنْ تِسْعَةً ، [٦/ ٢٠ ظ] وتَنْسِبُ إليها التَّرِكَةَ كلَّها ، تكُنْ أرْبَعَةَ أتْساعِها . وإن كانت قِيمَتُهم أرْبَعَةَ آلافٍ ، وباقِى التَّرِكَةِ ألفٌ ، ضَرَبْتَ قِيمَتَهم فى ثلاثةٍ ، تكُن اثْنَىْ عَشَرَ ، ونَسبْتَ إليها خَمسةَ آلافٍ ، تكُنْ رُبْعَها وسُدْسَها ، فيَعْتِقُ رُبْعُهم وسُدْسُهم .

فصل : فإن كان على المَيِّتِ دَيْنٌ يُحيطُ ببَعْضِ التَّرِكَةِ ، قُدِّمَ الدَّيْنُ ؛ لأنَّ العِتْقَ وَصِيَّةٌ ، وقد قَضَى رسولُ اللهِ ﷺ أنَّ الدَّيْنَ قبلَ الوَصِيَّةِ[1] . ولأنَّ قَضاءَ الدَّيْنِ واجِبٌ ، وهذا تَبَرُّعٌ ، وتَقْدِيمُ الواجب مُتَعَيِّنٌ . فإن كان الدَّيْنُ بقَدْرِ نِصْفِ العَبيدِ ، جُعِلُوا جُزْأَيْن ، وكُتِبَتْ رُقْعتان ؛ رُقْعَةٌ للدَّيْنِ ، ورُقْعَةٌ للتَّرِكَةِ . وتُخْرَجُ واحدةٌ[2] منهما على أحَدِ الجُزْأَيْن ، فمَن خَرَجَتْ عليه رُقْعَةُ الدَّيْنِ بِيعَ فيه ، وكان الباقِى جَمِيعَ التَّرِكَةِ ، يَعْتِقُ ثُلُثُهم بالقُرْعَةِ ، على ما تقدَّم . وإن كان الدَّيْنُ بقَدْرِ ثُلُثِهم ، كُتِب ثَلاثُ رِقاعٍ ؛ رُقْعَةٌ للدَّيْنِ ، واثْنتان للتَّرِكَةِ . وإن كان بقَدْرِ رُبْعِهم ، كُتِبَ

(١) تقدم تخريجه فى ١٤٦/١٧ .

(٢) فى م : « واحد » .

المقنع

وَإنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، قِيمَةُ أَحَدِهِمَا مِائَتَانِ وَالْآخَرِ ثَلَاثُمِائَةٍ ، جَمَعْتَ قِيمَتَهُمَا ، وَهِىَ خَمْسُمِائَةٍ ، فَجَعَلْتَهَا الثُّلُثَ ، ثُمَّ أَقْرَعْتَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الَّذِى قِيمَتُهُ مِائَتَانِ ، ضَرَبْتَهُ فِى ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ سِتَّمِائَةٍ ، ثُمَّ نَسَبْتَ مِنْهُ خُمْسَ الْمِائَةِ ، يَكُنِ الْعِتْقُ فِيهِ خَمْسَةَ

الشرح الكبير

أرْبَعُ رِقاعٍ ؛ رُقْعَةٌ للدَّيْنِ وثَلاثٌ للتَّرِكَةِ ، ثم يُقْرَعُ بينَ مَن خَرَجَتْ له رِقاعُ التَّرِكَةِ . وإن كُتِبَ رُقْعَةٌ للدَّيْنِ ، ورُقْعَةٌ للحُرِّيَّةِ ، ورقْعَتان للتَّرِكَةِ ، جاز . وقِيلَ : لا يجوزُ ؛ لِئَلَّا تَخْرُجَ رُقْعَةُ الحُرِّيَّةِ قبلَ قَضاءِ الدَّيْنِ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنه إنَّما يُمْنَعُ مِن قَبْلِ قَضاءِ الدَّيْنِ إذا لم يَكُنْ له وَفاءٌ ، فأمّا إن كان له وَفاءٌ لم يُمْنَعْ منه ، بدَلِيلِ ما لو كان العِتْقُ فى أقلَّ مِن ثُلُثِ الباقِى بعدَ وفاءِ الدَّيْنِ ، فإنَّه لا يُمْنَعُ مِن العِتْقِ قبلَ[1] وفائِه .

٢٩٥٦ - مسألة : (وإن أعْتَقَ عَبْدَيْن ، قِيمَةُ أحَدِهما مائَتان والآخَرِ ثَلاثُمائةٍ) فأجاز الوَرَثَةُ عِتْقَهما ، عَتَقا ، وإن لم يُجِزِ الوَرَثَةُ ، عَتَقَ ثُلُثُهما ، وكُمِّلَ الثُّلُثُ فى أحَدِهما ، فتُجْمَعُ قِيمَتُهما فتكونُ خَمْسَمائَةٍ ، ثم يُقْرَعُ بينَهما ، فمَن خَرَجَ له سَهْمُ الحُرِّيَّةِ ضَرَبْنا قِيمَته فى ثَلاثةٍ ، ونَسَبْنا قِيمَتَهما إلى المُرْتَفِعِ بالضَّرْبِ ، فما خَرَجَ مِن النِّسْبَةِ عَتَقَ من العَبْدِ بقَدْرِه . فإن وقَعَتْ على الذى قِيمَتُه مائتان ، ضَرَبْنا فى ثَلاثةٍ ، صار سِتَّمائَةٍ ، ونَسَبْنا

الإنصاف

....

---

(١) سقط من : الأصل .

المقنع أَسْدَاسِهِ ، وَإِنْ وَقعَتْ عَلَى الْآخَرِ ، عَتَقَ مِنْهُ خَمْسَةُ أَتْسَاعِهِ . وَكُلُّ شَىْءٍ يَأْتِى مِنْ هَذَا ، فَسَبِيلُهُ أَنْ يُضْرَبَ فِى ثَلَاثَةٍ ؛ لِيَخْرُجَ بِلَا كَسْرٍ .

وَإِنْ أَعْتَقَ وَاحِدًا مِنْ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِى حَيَاتِهِ ، أَقْرَعَ

الشرح الكبير قِيمَتَهما إلى ذلك ، تكُنْ خَمْسَةَ أَسْداسِه ، فيَعْتِقُ منه كذلك ، وإن وقَعَتْ على الآخَرِ ، ضَرَبْنا قِيمَتَه فى ثلاثةٍ ، تكُنْ تِسعَمائةٍ ، ونَسَبْنا قِيمَتَهما ، وهى خَمْسُمائةٍ إلى ذلك ، نَجِدْها خَمْسَةَ أَتْساعِه ، فيَعْتِقُ منه ذلك ، وهو ثُلُثُ الجَمِيعِ ؛ لأنَّا إذا ضَرَبْنا قِيمَةَ العَبْدَيْن ، وهى خَمْسُمائةٍ ، فى ثلاثةٍ ، كانت ألْفًا وخَمْسَمائةٍ ، وهى جميعُ المالِ ، فالخَمْسُمائةٍ بالنِّسبَةِ إليها ثُلُثٌ ، وبالنِّسبَةِ إلى الذى قِيمَتُه مائتان ، خَمْسَةُ أَسْداسِه بعدَ الضَّرْبِ ، وإلى الآخَرِ خَمْسَةُ أَتْساعِه (وكُلُّ شىءٍ أَتَى مِن هذا ، فسَبِيلُه أن يُضْرَبَ فى ثلاثةٍ ؛ ليَخْرُجَ بلا كَسْرٍ) وهذا قولُ مَن يَرَى (1)جميعَ العِتْقِ فى بعضِ العَبيدِ(1) بالقُرْعَةِ . وعندَ أبى حنيفةَ ومَن وافَقَه ، يَعْتِقان فيُسْتَسْعَيان فى باقِى قِيمَتِهما . وقد مَضَى الكلامُ معهم . واللهُ أعلمُ .

٢٩٥٧ – مسألة : (وإن أَعْتَقَ وَاحِدًا مِن ثلاثةِ أعْبُدٍ) غيرَ مُعَيَّنٍ (فماتَ أحَدُهُم فى حياةِ السَّيِّدِ ، أَقْرَعَ بَيْنَه وبينَ الحَيَّيْن ، فإن وَقَعَتْ)

الإنصاف قوله : وإنْ أَعْتَقَ واحِدًا مِن ثَلاثَةِ أَعْبُدٍ ، فماتَ أَحدُهم فى حَياتِه ، أَقْرَعَ بينَه وبينَ الحَيَّيْنِ ؛ فَإنْ وقَعَتْ على المَيِّتِ رَقَّ الآخرانِ ، وإنْ وقَعَتْ على أَحَدِ

(1 – 1) فى المبدع ٦/٣٢٣ : « جمع العتق فى بعض العبد » .

المقنع

بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَيَّيْنِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمَيِّتِ ، رَقَّ الْآخَرَانِ ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى أَحَدِ الْحَيَّيْنِ ، عَتَقَ إِذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ . وَإِنْ أَعْتَقَ الثَّلَاثَةَ فِي مَرَضِهِ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ ، فَكَذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ [١٩٤ظ] . وَالْأَوْلَى أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَ الْحَيَّيْنِ ، وَيَسْقُطَ حُكْمُ الْمَيِّتِ .

الشرح الكبير

رُقعةُ العِتْقِ (على المَيِّتِ رَقَّ الآخَران) لأنَّ القُرْعَةَ يُبَيَّنُ بها مَن وَقَع عليه العِتْقُ ، فوَجَبَ أن يُقْرَعَ بينَهم ، كما لو [٢١/٦ و] كانوا أحياءً ، فإذا وَقَعَتِ القُرْعَةُ على المَيِّتِ تَبَيَّنَ رِقُّ الآخَرَيْن ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ إنَّما تَقَعُ على المُعْتَقِ ، وهذان لم يُعْتَقْ واحدٌ منهما . وإن وَقَعَتْ على أحَدِ الحَيَّيْن عَتَق ، إن خَرَج مِن الثُّلُثِ . وقد سَبَق شَرْحُ هذا ، فيما إذا قال : أحَدُ عَبْدَيَّ حُرٌّ . وذَكَرْنا الخِلافَ فيه[1] . وإن أعْتَقَ الثَّلاثَةَ فى مَرَضِه ، فماتَ أحَدُهم فى حياةِ السَّيِّدِ ، فكذلك ، فى قولِ أبى بكرٍ ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ إنَّما تَنْفُذُ فى الثُّلُثِ ، فأشْبَهَ ما لو أَعْتَقَ واحدًا منهم . قال شيخُنا : (والأَوْلَى أن يُقْرِعَ بينَ الحَيَّيْن ، ويَسْقُطَ حكْمُ المَيِّتِ) لأنَّه أعْتَقَ الثَّلاثَةَ ، والاعْتِبارُ فى خُروجِه مِن الثُّلُثِ

الإنصاف

الحَيَّيْنِ ، عتَق ، إذا خرَج مِنَ الثُّلُثِ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . وقيل : يُقْرِعُ بينَ الحَيَّيْنِ دُونَ المَيِّتِ .

قوله : وإنْ أَعْتَقَ الثَّلاثَةَ فى مَرَضِه ، فماتَ أَحَدُهم فى حَياةِ السَّيِّدِ ، فكذلك فى

---

(١) انظر ما تقدم فى صفحة ١٠٣ .

الشرح الكبير

بحالةِ الموتِ ، وحالةُ الموتِ إنَّما كان له العَبْدان الحيَّان ، وهما كلُّ مالِه ، فيُقْرَعُ بَيْنَهما ، فمَن وَقَعتْ عليه القُرْعَةُ ، عَتَق ، إن خَرَج مِن الثُّلُثِ ، وإلَّا عَتَق منه بقَدْرِ الثُّلُثِ ، وإن بَقِيَ مِن الثُّلُثِ شيءٌ بعدَ عِتْقِه ، عَتَق مِن الآخرِ بقَدْرِ ما بَقِيَ مِن الثُّلُثِ ، وصارَ بمنزلَةِ ما لو أعْتَقَ العَبْدَيْن في مَرَضِه و لم يكُنْ له مالٌ غيرُهم .

فصل : إذا دَفَع العَبْدُ إلى رَجُلٍ مالًا ، فقال : اشْتَرِنى مِن سَيِّدِى بهذا المالِ فأعْتِقْنى . ففَعَلَ ، لم يَخْلُ مِن أن يَشْتَرِيَه بعَيْنِ المالِ ، أو فى ذِمَّتِه ثم يَنْقُدَ[1] المالَ ، فإنِ اشْتَراه فى ذِمَّتِه ثم أعْتَقَه ، صَحَّ الشِّراءُ ونَفَذ العِتْقُ ؛ لأنَّه مَلَكَه بالشِّراءِ ، فنَفذ عِتْقُه له ، وعلى المُشْتَرِى أداءُ الثَّمَنِ الذى اشْتَراه

الإنصاف

قَوْلِ أَبِى بَكْرٍ . وحكَاه عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، يعْنِى ، يُقْرِعُ بينَه وبينَ الحَيَّيْنِ ، وهو المذهبُ . قدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . قال المُصَنِّفُ هنا : والأَوْلَى ، أنْ يُقْرِعَ بينَ الحَيَّيْنِ ، ويسْقُطَ حُكْمُ المَيِّتِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، كعِتْقِه أحدَ عَبْدَيْه غيرَ مُعَيَّنٍ ، فماتَ أحدُهما ، فإنَّه يتَعَيَّنُ العِتْقُ فى الثَّانِى . ذكَرَه القاضى وغيرُه . وقيل : يُقْرِعُ بينَ الحَيَّيْنِ فى هذه المَسْأَلَةِ دُونَ التى قبلَها . ذكَرَه فى « الرِّعايةِ الكُبْرَى » . ذكَر هذه المَسائلَ فى « الفُروعِ » ، فى آخِرِ بابِ تَبَرُّعاتِ المريضِ . وذكَرَها فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى » ، فى أوَّلِ بابِ تَبَرُّعاتِ المريضِ .

---

(١) فى الأصل : « ينفذ » .

الشرح الكبير

به ؛ لأنَّه لَزِمَه الثَّمَنُ بالبَيْعِ ، والذى دَفَعَه إلى السَّيِّدِ كان مِلْكًا له ، لا يَحْتَسِبُ له به مِن الثَّمَنِ ، فبَقِىَ الثَّمَنُ واجِبًا عليه ، يَلْزَمُه أداؤُه ، وكان العِتْقُ مِن مالِه ، والولاءُ له . وبه قال الشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . فأمّا إنِ اشْتراه بعَيْنِ المالِ ، فالشِّراءُ باطِلٌ ، ولا يَصِحُّ العِتْقُ ؛ لأنَّه اشْتَرَى بعَيْنِ مالِ غيرِه شيئًا بغيرِ إذْنِه ، فلم يَصِحَّ الشِّراءُ ، ولم يَنْفُذِ العِتْقُ ؛ لأنَّه أعْتَقَ مَمْلوكَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، ويكونُ السَّيِّدُ قد أخَذَ مالَه ؛ لأنَّ ما فى يَدِ العَبْدِ مَحْكُومٌ به لسَيِّدِه . فأمّا على الرِّوايةِ التى تقولُ : إنَّ النُّقُودَ لا تَتَعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ ، فإنَّه يكونُ الحُكْمُ فيه كما لو اشْتَراه فى ذِمَّتِه . ونحوَ هذا قال النَّخَعِىُّ ، وإسْحاقُ ، فإنَّهما قالا : الشِّراءُ والعِتْقُ جائِزان ، ويَرُدُّ المُشْتَرِى مِثْلَ الثَّمَنِ . مِن غيرِ تَفْرِيقٍ . وقال الحسنُ : البَيْعُ والعِتْقُ باطِلان[1] . وقال الشَّعْبِىُّ : لا يجوزُ ذلك ، ويُعاقَبُ مَن فَعَلَه . مِن غيرِ تَفْرِيقٍ أيضًا . وقد ذَكَرْنا ما يَقْتَضِى التَّفْرِيقَ ، وفيه تَوَسُّطٌ بينَ المَذْهَبَيْن ، فكان أوْلَى ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

الإنصاف

فائدة : وكذا الحُكْمُ إنْ أوْصَى بعِتْقِهم ، فماتَ أحدُهم بعدَه . وقيل : إنْ أعْتَقَهم أو دَبَّرَهم أو أوْصَى بعِتْقِهم ، أو دَبَّرَ بعضَهم وأوْصَى بعِتْقِ الباقِينَ ، فماتَ أحدُهم ، أقْرَعْنا بينَهم ، فإنْ خرَجَتِ القُرْعَةُ للمَيِّتِ حسَبْناه مِنَ التَّرِكَةِ ، وقوَّمْناه حينَ العِتْقِ . وإنْ خرَجَتْ لحَىٍّ ؛ فإنْ كان المَوْتُ فى حَياةِ السَّيِّدِ ، أو بعدَها قبلَ قَبْضِ الورَثَةِ ، لم يُحْسَبْ مِنَ التَّرِكَةِ غيرُ الحَيَّيْنِ ، فيَكْمُلُ ثُلُثُهما ممَّن قرَع ،

---

(١) فى الأصل : « باطل » .

الشرح الكبير

فصل : ولو كان العبدُ بينَ شَريكَيْن ، فأعْطَى العَبْدُ لأحَدِهما خَمْسِينَ دينارًا على أن يُعْتِقَ نَصِيبَه منه ، فأعْتَقَه ، عَتَق ، وسَرَى إلى باقِيه إن كان مُوسِرًا ، ورَجَع عليه شَرِيكُه بنِصْفِ الخَمْسِين ، وبنِصْفِ قِيمَةِ العَبْدِ ؛ لأنَّ ما فى يَدِ العَبْدِ يكونُ بينَ سَيِّدَيْه ، لا يَنْفَرِدُ به أحَدُهما عن الآخرِ ، إلَّا أنَّ نَصيبَ المُعْتِقِ يَنْفُذُ فيه العِتْقُ ، وإن كان العِوَضُ مُسْتَحَقًّا ، إذا لم يَقَعِ العِتْقُ على عَيْنِها ، وإنَّما سَمَّى خَمْسِين ثم [٦/٢١ ظ] دَفَعَها إليه . وإن أوْقَعَ العِتْقَ على عَيْنِها ، يَجِبُ أن يَرْجِعَ على العَبْدِ بقِيمَةِ ما أعْتَقَه بالعِوَضِ المُسْتَحَقِّ ، ويَسْرِى العِتْقُ إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ، ويكونُ وَلاؤُه للمُعْتِقِ .

فصل : ولو وَكَّلَ أحَدُ الشَّرِيكَين شَرِيكَه فى عِتْقِ نَصِيبِه ، فقال الوَكِيلُ : نَصِيبِى حرٌّ . عَتَق ، وسَرَى إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ، والوَلاءُ له . وإن أعْتَقَ نَصِيبَ المُوَكِّلِ ، عَتَق ، وسَرَى إلى نَصِيبِه ، إن كان مُوسِرًا ، والوَلاءُ للمُوَكِّلِ . فإن أعْتَقَ نِصْفَ العَبْدِ ولم يَنْوِ شيئًا ، احْتَمَلَ أن يَنْصَرِفَ إلى نَصِيبِه ؛ لأنَّه لا يَحْتاجُ إلى نِيَّةٍ ، ونَصِيبُ شَرِيكِه يَفْتَقِرُ إلى النِّيَّةِ ، ولم يَنْوِ . ويَحْتَمِلُ أن يَنْصَرِفَ إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ؛ لأنَّه أمَرَه بالإعْتاقِ ، فانْصَرَفَ إلى ما أُمِرَ به . ويَحْتَمِلُ أن يَنْصَرِفَ إليهما ؛ لأنَّهما تَساوَيا . وأيُّهما حكَمْنا بالعِتْقِ عليه ضَمِن نَصِيبَ شَرِيكِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَضْمَنَ ؛ لأنَّ الوَكِيلَ إذا أعْتَقَ نَصِيبَه فسَرَى إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّه

الإنصاف

ويُقَوَّمُ يوْمَ العِتْقِ . وقيل : يُحْسَبُ المَيِّتُ مِنَ التَّرِكَةِ ، ويَعْتِقُ مَن قرَع إنْ خرَج مِنَ الثُّلُثِ ، وإلَّا عَتَق منه بقَدْرِه . وإنْ كان المَوْتُ بعدَ قَبْضِ الوَرَثَةِ ، حُسِبَ مِنَ

الشرح الكبير

مأْذُونٌ له فى العِتْقِ ، وقد أُعْتِقَ بالسِّرايةِ ، فلم يَضْمَنْ ، كمَن أُذِنَ له فى إتْلافِ شيءٍ ، فإنَّه لا يَضْمَنُه وإن أتْلَفَه بالسِّرايَةِ . وإذا أعْتَقَ نَصِيبَ شَرِيكِه لم يَلْزَمْ شَرِيكَه الضَّمانُ ؛ لأنَّه مُباشِرٌ لسَبَبِ الإتْلافِ ، فلم يَجِبْ له ضَمانُ ما تَلِف به ، كما لو قال له أجْنبىٌّ : أعْتِقْ عَبْدَك . فأعْتَقَه . واللهُ تعالى أعلمُ .

الإنصاف

التَّرِكَةِ . وبدُونِ الموْتِ ، يعْتِقُ ثُلُثُهم بالقُرْعَةِ ، إنْ لم يُجِزِ الورَثَةُ مازادَ عليه . ذكَر ذلك فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » .

المقنع

بَابُ التَّدْبِيرِ

وَهُوَ تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالْمَوْتِ .

الشرح الكبير

بابُ التَّدْبِيرِ

(وهو تَعْلِيقُ العِتْقِ بالموتِ) وسُمِّىَ تَدْبِيرًا ؛ لأنَّ الوفاةَ دُبُرُ الحياةِ . يُقالُ : دابَرَ الرجلُ يُدابِرُ مُدابَرَةً . إذا ماتَ ، فسُمِّىَ العِتقُ بعدَ المَوتِ تَدْبِيرًا . والأصْلُ فيه السُّنَّةُ والإِجْماعُ . أمّا السُّنَّةُ ، فما روَى جابرٌ ، أنَّ رجلًا أعْتَقَ مملوكًا له عن دُبُرٍ ، فاحتاجَ ، فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّى ؟ » . فباعَه مِن نُعَيمِ بنِ عبدِ اللهِ بثَمانِمائَةِ دِرْهَمٍ ، فدَفَعَها إليه ، وقال : « أَنْتَ أَحْوَجُ مِنْهُ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وقال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن أحْفَظُ عنه مِن أهلِ العلمِ ، على أنَّ مَن دَبَّرَ عَبدَه أو أمَتَه ، ولم يَرْجِعْ عن ذلك حتى ماتَ - والمُدَبَّرُ يَخْرُجُ مِن ثُلثِ مالِه ، بعدَ قَضاءِ دَيْنٍ إن كان عليه ، وإنفاذِ وَصاياه إن كان وَصَّى ، وكان السيدُ بالِغًا جائزَ الأمرِ - أنَّ الحريةَ تَجِبُ له أو لها .

الإنصاف

بابُ التَّدْبِيرِ

قوله : وهو تَعْلِيقُ العِتْقِ بالمَوْتِ . هكذا قال الأصحابُ . قال فى « المُذْهَبِ » وغيرِه : أو بشَرْطٍ يُوجَدُ بعدَ الموتِ .

---

(١) تقدم تخريجه فى ٣٧٩/١٨ .

المقنع وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ .

الشرح الكبير **٢٩٥٨** – مسألة : (ويُعْتَبَرُ مِن الثُّلُثِ) إنَّما يَعْتِقُ المُدَبَّرُ إذا خَرَج مِن الثُّلُثِ فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . يُرْوَى ذلك عن علىٍّ ، وابنِ عمرَ[1] . وبه قال شُرَيْحٌ ، وابنُ سيرينَ ، والحسنُ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، ومكْحولٌ ، والزُّهْرِىُّ ، وقتادَةُ ، وحَمَّادٌ ، ومالكٌ ، وأهلُ المدينةِ ، والثَّوْرِىُّ ، وأهلُ العراقِ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثورٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن[2] ابنِ مسعودٍ[3] ، ومَسْروقٍ ، ومُجاهدٍ ، والنَّخَعِىِّ ، وسعيدِ بنِ جُبَيْرٍ ، أنَّه يَعْتِقُ مِن رأسِ المالِ ، قِياسًا على أمِّ الوَلَدِ ، وكما لو أعْتَقَ فى الصِّحَّةِ . ولَنا ، أنَّه تَبَرُّعٌ بعدَ الموتِ ، فكان مِن الثُّلُثِ ، كالوَصِيَّةِ . ويُفارِقُ العِتْقَ فى الصِّحَّةِ ؛ فإنَّه لم يَتَعَلَّقْ به حَقُّ غيرِ المُعْتِقِ ، فنَفَذَ فى الجميعِ ، كالهِبَةِ المُنْجَزَةِ . والاسْتِيلادُ [٢٢/٦ و] أقْوَى مِن التَّدْبيرِ ؛ لأنَّه يَنْفُذُ مِن المَجْنُونِ ، بخِلافِ التَّدْبيرِ . ونَقَل حَنْبَلٌ عن أحمدَ ، أنَّه يَعْتِقُ مِن رأسِ المالِ . ولا عَمَلَ علَيْها . قال أبو بكرٍ : هذا قولٌ قديمٌ رَجَع عنه إلى ما رَواه الجماعةُ .

الإنصاف قوله : ويُعْتَبَرُ مِن الثُّلُثِ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه الأصحابُ . ونقَل حَنْبَلٌ ، يعْتِقُ مِن كُلِّ المالِ . قال فى « الكافِى » : ولا عَمَلَ عليه . قال أبو بَكْرٍ : هذا قوْلٌ قديمٌ رَجَعَ عنه . قال فى « الفَوائِدِ » : وهو متَخَرِّجٌ على أنَّه عِتْقٌ لازِمٌ كالاسْتِيلادِ . وعنه ، يعْتِقُ مِن كُلِّ المالِ إذا دَبَّرَه فى الصِّحَّةِ دُونَ المَرَضِ .

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب المدبر من الثلث ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ١٠/٣١٤ .
(٢) سقط من : م .
(٣) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب المدبر ، من كتاب الفرائض . السنن ١/١٣٢ .

المقنع

وَيَصِحُّ مِنْ كُلِّ مَنْ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ .

الشرح الكبير

فصل : فإنِ اجْتَمَعَ العِتْقُ فى المَرَضِ ، والتَّدْبيرُ ، قُدِّمَ العِتْقُ ؛ لأنَّه أسْبَقُ . وإنِ اجْتَمَعَ التَّدْبيرُ والوَصِيَّةُ بالعِتْقِ ، تَساوَيا ؛ لأنَّهما جميعًا عِتْقٌ بعدَ المَوتِ . ويَحْتَمِلُ أن يُقَدَّمَ التدبيرُ ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ تَقَعُ فيه عَقِيبَ المَوتِ مِن غيرِ تَأَخُّرٍ ، والوَصِيَّةُ تَقِفُ على الإِعْتاقِ بعدَه .

٢٩٥٩ – مسألة : (ويَصِحُّ مِن كلِّ مَن تَصِحُّ وَصِيَّته) لأنَّه تَبَرُّعٌ بالمالِ بعدَ الموتِ ، أشْبَهَ الوَصِيَّةَ . وقال الخِرَقِىُّ : يَصِحُّ تَدْبيرُه إذا جاوزَ العَشْرَ وكان يَعْرِفُ التدبيرَ . وكذلك الجارِيَةُ إذا جاوزتِ التِّسْعَ . وقال

الإنصاف

فائدة : يصِحُّ تَعْليقُه بالمَوْتِ مُطْلَقًا ؛ نحوَ : إنْ مِتُّ فأَنْتَ حُرٌّ . ومُقَيَّدًا ؛ نحوَ : إنْ مِتُّ مِن مَرَضِى هذا ، أو عامِى ، أو بهذا البَلَدِ ، فأَنْتَ حُرٌّ . وإنْ قالا لعَبْدِهما : إنْ مِتْنا فأنتَ حُرٌّ . فهو تعْليقٌ للحُرِّيَّةِ بمَوْتِهما جميعًا . ذكَرَه القاضى ، وجماعةٌ ، واقْتَصرَ عليه فى « الفروعِ » . ولا يعْتِقُ بمَوْتِ أحَدِهما شئٌ منه ، ولا يبِيعُ وارِثُه حقَّه . قدَّمه فى « الفروعِ » . وقالَه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ . واخْتارَ المُصَنِّفُ وغيرُه ؛ إذا ماتَ أحدُهما ، فنَصِيبُه حُرٌّ . قلتُ : وهذا المذهبُ . قال فى « الفُروعِ » : فإنْ أرادَ أنَّه حُرٌّ بعدَ آخِرِهما مَوْتًا ، فإنْ جازَ تَعْليقُ الحُرِّيَّةِ على صِفَةٍ بعدَ المَوْتِ ، عتَق بعدَ مَوْتِ الآخِرِ منهما عليهما ، وإلَّا عتَق نَصِيبُ الآخِرِ منهما بالتَّدْبيرِ . وفى سِرايَتِه ، إنِ احْتَمَلَه ثُلُثُه ، الرِّوايَتان .

قوله : ويصِحُّ مِن كُلِّ مَن تصِحُّ وَصِيَّته . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقال الخِرَقِىُّ : يصِحُّ تَدْبيرُ الغُلامِ إذا جاوَزَ العَشْرَ ، والجارِيَةِ إذا جاوَزَتِ التِّسْعَ .

الشرح الكبير

الشافعىُّ فى أحَدِ قَوْلَيه : يَصِحُّ تدبيرُ الصَّبِىِّ المُمَيِّزِ . قال بعضُ أصحابه : هو أصَحُّ قَوْلَيْه . وهو إحْدَى الرِّوايتين عن مالكٍ . ورُوِىَ ذلك عن شُرَيْحٍ ، وعبدِ اللهِ بنِ عُتْبَةَ . وقال الحسنُ ، وأبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ تدبيرُه . وهو إحْدَى الرِّوايَتَين عن مالكٍ ، والقولُ الثانى للشافعىِّ ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ إعْتاقُه ، فلم يَصِحَّ تَدبيرُه ، كالمَجنونِ . ولَنا ، أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أجازَ وَصِيَّةَ غُلامٍ مِن الأنْصارِ لأخْوالِه مِن غَسَّانَ بأرْضٍ يُقالُ لها : بِئْرُ جُشَمَ[1] ، قُوِّمَتْ بثَلاثين ألْفًا . رواهُ سعيدُ بنُ مَنْصُورٍ[2] . وكان الغُلامُ ابنَ عَشْرِ سِنِين ، ورُوِىَ اثْنَتَىْ عَشْرَةَ . ولم يُعْرَفْ له مُخالِفٌ . والتدبيرُ فى معنى الوَصِيَّةِ . وقد ذكَرْنا ذلك فى كتابِ الوَصايَا . ويُخالِفُ التدبيرُ العِتْقَ فى الحياةِ ؛ لأنَّ فيه تَفْوِيتًا لمالِه فى حياتِه ووقْتِ حاجَتِه . والوَصِيَّةُ والتدبيرُ ، لا ضَرَرَ عليه فيهما ، فإنَّه إن عاشَ لم يذْهَبْ شىءٌ مِن مالِه . وإن مات فهو غيرُ مُسْتَغْنٍ عن الثوابِ ، فيكونُ ذلك زيادَةً فى رَفْعِ دَرَجَتِه . وإنَّما خَصَّ الخِرَقِىُّ ابنَ عَشْرِ سِنِينَ ؛ لأنَّه يُؤْمَرُ بالصَّلاةِ ، والجارِيَةَ بِتِسْعٍ ؛ لقولِ عائشَةَ : إذا بَلَغَتِ الجارِيَةُ تِسْعَ سِنِين فهى امرأةٌ[3] . ولأنَّه سِنٌّ يمكِنُ بُلوغُها فيه ، ويَتَعَلَّقُ به أحكامٌ غيرُ ذلك . فأمَّا المَجْنونُ فلا يَصِحُّ شىءٌ مِن تَصَرُّفاتِه ، فلذلك لم يَصِحَّ[4] تَدْبيرُه . ويَصِحُّ[4]

الإنصاف ....

(١) بئر جشم : موضع معروف بحوائط المدينة .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٩٨/١٧ .

(٣) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى إكراه اليتيمة على التزويج ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٢٩/٥ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

المقنع

وَصَرِيحُهُ لَفْظُ الْعِتْقِ وَالْحُرِّيَّةِ الْمُعَلَّقَيْنِ بِالْمَوْتِ ، وَلَفْظُ التَّدْبِيرِ ، وَمَا تَصَرَّفَ مِنْهَا[1] .

الشرح الكبير

تدْبيرُ المَحْجورِ عليه للسَّفَهِ ؛ لِما ذَكَرْنا فى الصَّبىِّ ، بل هو أوْلَى بالصِّحَّةِ مِن الصَّبِىِّ ؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ ، وحاجَتُه إلى الثَّوابِ أكثرُ مِن حاجةِ الصبىِّ . وصحَّةُ تدْبيرِ السَّكْرانِ مَبْنِيَّةٌ[2] على صِحَّةِ وَصِيَّتِه ، وقد ذَكَرْناه . وكلُّ مَن صَحَّ تَدْبيرُه ، فهو كالمكَلَّفِ فى صِحَّةِ رُجُوعِه قياسًا عليه .

فصل : ويَصِحُّ تَدْبيرُ الكافِرِ ؛ ذِمِّيًّا كان أو حَرْبِيًّا ، فى دارِ الإِسْلامِ وغيرِها ؛ لأنَّ له مِلْكًا صَحِيحًا ، فصَحَّ تَصَرُّفُه فيه ، كالمسلمِ . فإن قيلَ : لو كان مِلْكُه صَحِيحًا لم يُمْلَكْ عليه بغيرِ اخْتيارِه . قلنا : هذا لا يُنافِى المِلْكَ ، بدليلِ أنَّه يَمْلِكُ فى النِّكاحِ ، وتُمْلَكُ عليه زوجَتُه بغيرِ اخْتيارِه . وحُكْمُ تدبيرِه حُكْمُ تَدبيرِ المسلمِ ، على ما نذْكُرُه .

٢٩٦٠ – مسألة : (وصَرِيحُه لَفْظُ العِتْقِ والحُرِّيَةِ المُعَلَّقَيْن بالموتِ) كقَولِه : [٢٢/٦ ظ] أنتَ حُرٌّ ، أو عَتِيقٌ ، أو مُعْتَقٌ ، أو مُحَرَّرٌ

الإنصاف

تنبيه : قوْلُه : وصَرِيحُه لَفْظُ العِتْقِ والحُرِّيَّةِ المُعَلَّقَيْن بالمَوْتِ ، ولَفْظُ التَّدْبِيرِ ، وما تَصَرَّفَ منها . مُرادُه ، غيرُ لَفْظِ الأَمْرِ والمُضارِعِ ، كما تقدَّم التَّنْبِيهُ عليه فى أوَّلِ كتابِ العِتْقِ ، فَلْيُراجَعْ .

فائدة : كِناياتُ العِتْقِ المُنْجزِ ، تكونُ للتَّدْبيرِ إذا أضافَ إليه ذِكْرَ المَوْتِ . قالَه الأصحابُ .

---

(١) فى المخطوطة : « منهما » ، وفى المطبوعة : « منه » ، والمثبت كما فى متن المبدع ٣٢٦/٦ ، وهو موافق لنسخ الإنصاف الثلاث .

(٢) فى الأصل : « مبنى » .

المقنع وَيَصِحُّ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا ، بِأَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِى هَذَا ، أَوْ : عَامِى هَذَا ، فَأَنْتَ حُرٌّ . أَوْ : مُدَبَّرٌ .

الشرح الكبير بعدَ موتى . فيَصِيرُ بذلك مُدَبَّرًا ، بلا خِلافٍ نَعْلَمُه . وكذلك إن قال : أنتَ مُدَبَّرٌ ، أو قد دَبَّرْتُك . فإنَّه يَصِيرُ مُدَبَّرًا بمُجَرَّدِ اللفظِ ، وإن لم يَنْوِه . هذا منصوصُ الشافعيِّ . وقال أصحابُه : فيه قولٌ آخَرُ ؛ أنَّه ليس بصَرِيحٍ ، ويَفْتَقِرُ إلى النِّيةِ ؛ لأنَّهما لفْظان لم يَكْثُرِ استعمالُهما ، فافْتَقَرا إلى النِّيةِ ، كالكِناياتِ . ولَنا ، أنَّهما لفْظان وُضِعَا لهذا العَقْدِ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى النِّيةِ ، كالبَيْعِ ، بخِلافِ الكِناياتِ ، فإنَّها غيرُ موضوعةٍ له ، ويُشارِكُها فيه غيرُها ، فافْتَقَرت إلى النِّيةِ للتَّعْيينِ وتَرْجيحِ أحَدِ المُحْتَمَلَين ، بخِلافِ الموضوعِ ، فإنَّه لا يَفْتَقِرُ إلى النِّيةِ ، كلَفْظِ العِتْقِ .

٢٩٦١ - مسألة : (ويَصِحُّ مُطْلَقًا ومُقَيَّدًا) فالمُطْلَقُ تَعْلِيقُ العِتْقِ بالمَوتِ مِن غيرِ شَرْطٍ آخَرَ . والمُقَيَّدُ ضَرْبانِ ؛ أحدُهما ، خاصٌّ مثلَ (أن يقولَ : إن مِتُّ مِن مَرَضِى هذا) أو فى بلَدِى هذا (أو) فى (عامِى هذا ، فأنْتَ حُرٌّ) فهذا جائِزٌ على ما قال ، إن مات على الصِّفَةِ التى شَرَطها عَتَقَ العَبدُ ، وإلَّا فلا . وقال مُهَنَّا : سألتُ أحمدَ عمَّن قال لعَبدِه : أنتَ مُدَبَّرٌ . قال : يكونُ مُدَبَّرًا ذلك اليومَ ، فإن مات فى ذلك اليومِ صار حرًّا . يعنى

الإنصاف **فائدة** : قولُه : ويصِحُّ مُطْلَقًا ومُقَيَّدًا ، بأنْ يقولَ : إنْ مِتُّ فى مَرَضِى هذا ، أوْ عامِى هذا ، فأنْتَ حُرٌّ . أو : مُدَبَّرٌ . وكذا لو قال له : إذا قَدِمَ زَيْدٌ ، أو جاءَ رأْسُ الشَّهرِ ، فأنْتَ مُدَبَّرٌ . بلا نِزاعٍ . ويصِحُّ أيضًا موَقَّتًا ، نحوَ : أنتَ مُدَبَّرٌ اليوْمَ . نصَّ عليه .

الشرح الكبير

إذا مات السيدُ . الثانى ، أن يُعَلِّقَ التدبيرَ على صِفَةٍ ، مثلَ أن يقولَ : إن دَخَلْتَ الدارَ فأنتَ مُدَبَّرٌ ، أو إن قَدِمَ زَيدٌ ، أو إن شَفَى اللهُ مريضِى ، فأنت حُرٌّ بعدَ مَوتِى . فهذا لا يَصِيرُ مُدَبَّرًا فى الحالِ ؛ لأنَّه عَلَّقَ التدبيرَ على شَرْطٍ . فإذا وُجِدَ صار مُدبَّرًا وعَتَق بموتِ سَيِّدِه . وإن لم يُوجَدْ فى حياةِ السَّيِّدِ ووُجِدَ بعدَ موتِه لم يَعْتِقْ ؛ لأنَّ إطْلاقَ الشرطِ يَقْتَضِى وُجُودَه فى الحياةِ ، بدليلِ ما لو عَلَّقَ عليه عِتْقًا مُنْجزًا ، فقال : إذا دَخَلْتَ الدارَ فأنتَ حُرٌّ . فدَخَلَها بعدَ مَوتِه ، لم يَعْتِقْ . ولأنَّ المُدَبَّرَ مَن عُلِّقَ عِتْقُه بالمَوتِ ، وهذا قبلَ المَوتِ لم يكنْ مُدَبَّرًا . وبعدَ المَوتِ لا يُمْكِنُ حُدوثُ التدبيرِ فيه .

فصل : فإن قال لعبْدِه : إذا قرأتَ القرآنَ فأنتَ حرٌّ بعدَ مَوتِى . فقرأ القرآنَ جَمِيعَه ، صار مدَبَّرًا . وإن قرأ بَعْضَه لم يَصِرْ مُدَبَّرًا . وإن قال : إذا قرأتَ قُرْآنًا فأنتَ حُرٌّ بعدَ مَوتِى . فقرأ بَعْضَ القرآنِ ، صار مُدَبَّرًا ؛ لأنَّه فى الأُولَى عَرَّفَه بالألفِ واللامِ المُقْتَضِيَةِ للاسْتِغْراقِ ، فعاد إلى جَمِيعِه ، وهٰهنا نكَّرَه ، فاقْتَضَى بعضَه . فإن قيلَ : فقد قال اللهُ تعالى : ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ ٱلْقُرْءَانَ فَٱسْتَعِذْ بِٱللَّهِ مِنَ ٱلشَّيْطَٰنِ ٱلرَّجِيمِ ﴾[1] . ﴿ وَإِذَا قَرَأْتَ ٱلْقُرْءَانَ جَعَلْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱلْآخِرَةِ حِجَابًا مَّسْتُورًا ﴾[2] . ولم يُرِدِ القرآنَ جميعَه . قلنا : قَضِيَّةُ اللفظِ تَناولُ جميعَه ؛ لأن الألفَ واللامَ للاسْتِغْراقِ ، وإنَّما حُمِلَ على بعضِه بدَلِيلٍ ، فلا يُحْمَلُ

الإنصاف ....

(١) سورة النحل ٩٨ .

(٢) سورة الإسراء ٤٥ .

المقنع وَإنْ قَالَ : مَتَى شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ . فَمَتَى شَاءَ فِى حَيَاةِ السَّيِّدِ صَارَ مُدَبَّرًا .

الشرح الكبير على البعضِ فى غيرِ ذلك الموضعِ بغيرِ دليلٍ . ولأنَّ قَرِينَةَ الحالِ تَقْتَضِى قِراءَةَ جَميعِه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه أراد تَرْغِيبَه فى قِراءةِ القرآنِ [٢٣/٦ و] ، فتَتَعَلَّقُ الحُرِّيةُ به ، أو مُجازاتَه على قِراءَتِه بالحُرِّيةِ . والظاهِرُ أنَّه لا يُجازَى بهذا الأمرِ الكثيرِ ولا يُرَغَّبُ به إلَّا فيما يَشقُّ ، أمَّا قِراءةُ آيةٍ أو آيَتَيْن فلا .

٢٩٦٢ – مسألة : (وإن قال : متى شِئْتَ فأنتَ مدبَّرٌ) أو : أنتَ حُرٌّ بعدَ مَوتِى . أو : إذا شِئْتَ . أو : أىَّ وقتٍ شِئْتَ ، فهو تَدْبيرٌ بصِفَةٍ (فمتى شاء فى حياةِ سَيِّدِه صار مُدَبَّرًا) يَعْتِقُ بموتِه ؛ لأنَّ المشِيئةَ هُنا على التَّراخِى ، فمتى وُجِدَت المَشِيئَةُ وُجِدَ الشرطُ ، فهو كما لو قال : إن دخلْتَ الدارَ فأنتَ حُرٌّ بعدَ مَوتِى . فدَخَلَها فى حياةِ السَّيِّدِ ، وإن ماتَ السيدُ قبلَ مَشِيئَتِه بَطَلَتِ الصِّفَةُ ، كما لو مات فى المسألةِ الأخْرَى قبلَ دُخولِ الدارِ . وإن قال : متى شِئْتَ بعدَ مَوتِى فأنتَ حُرٌّ ، أو أىَّ وَقْتٍ شِئْتَ بعدَ مَوْتِى . فهو تَعْلِيقٌ للعِتْقِ على صِفَةٍ بعدَ الموتِ . وقد ذَكَرْنا أنَّه لا يَصِحُّ . وقال القاضى : يَصِحُّ . فعلى قولِه ، يكونُ ذلك على التَّراخِى ، فمتى شاء (١ بعدَ مَوتِ سَيِّدِه ١) عَتَق . وما كَسَب قبلَ مَشِيئَتِه فهو لوَرَثَةِ سَيدِه ؛ لأنَّه عبدٌ

الإنصاف قوله : وإنْ قال : مَتَى شِئْتَ فأنتَ مُدَبَّرٌ . فمَتَى شاءَ فى حَياةِ السَّيِّدِ صارَ مُدَبَّرًا . بلا نِزاعٍ . أعْنِى إذا قُلْنا : يصِحُّ تَعْليقُ العِتْقِ على صِفَةٍ ، على ما تقدَّم فى كتابِ العِتْقِ .

(١ – ١) فى الأصل : « سيده بعد الموت » .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ . فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ كَذَلِكَ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ شَاءَ فِي الْمَجْلِسِ صَارَ مُدَبَّرًا ، وَإِلَّا فَلَا .

الشرح الكبير

قبلَ ذلك ، بخِلافِ المُوصَى به ، فإنَّ فى كَسْبِه قبلَ القَبُولِ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، يكونُ للمُوصَى له ؛ لأنَّا تَبيَّنَّا مِلْكَه حينَ الموتِ ، وههُنا لا يَثْبُتُ المِلْكُ قبلَ المَشِيئَةِ وجهًا واحدًا ؛ لأنَّه عِتْقٌ مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ ، فلا يَثْبُتُ العِتْقُ قبلَ الشَّرْطِ وجهًا واحدًا .

٢٩٦٣ – مسألة : (وإن قال : إن شِئْتَ فأنتَ مُدَبَّرٌ . فقِياسُ المذهبِ) أنَّه على التَّراخِي كقولِه : متى شِئْتَ . (وقال أبو الخَطَّابِ : إن شاء فى المَجْلِسِ صار مُدَبَّرًا ، وإلَّا فلا) وكذلك قال القاضى فى قولِه : إذا شِئْتَ ، وإن شِئْتَ ، فأنتَ حُرٌّ بعدَ مَوْتِى . على أنَّه على الفَوْرِ ، إن شاء فى المَجْلِسِ صار مُدَبَّرًا ، وإلَّا بَطَلَتِ الصِّفَةُ و لم يَصِرْ مُدَبَّرًا بالمَشِيئَةِ بعدَه ، بِناءً على قولِه : اخْتارِى نَفْسَكِ . فإنَّه يَقِفُ على المجلسِ ، وهذا فى مَعْناه . وإن قال : إن شِئْتَ بعدَ مَوْتِى ، أو إذا شِئْتَ بعدَ موتِى ، فأنتَ حُرٌّ . كان

الإنصاف

قوله : وإنْ قال : إنْ شِئْتَ فأنْتَ مُدَبَّرٌ . فقياسُ [٣/١٤٤ظ] المذهبِ ، أنَّه كذلك . يعْنِى كمتى شِئْتَ ، وأنَّه لا يَتَقَيَّدُ بالمَجْلِسِ . وهو المذهبُ . صحَّحَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الفُروعِ » . وقال أبو الخَطَّابِ : إنْ شاءَ فى المَجْلِسِ ، صارَ مُدَبَّرًا ، وإلَّا فلا . وقالَه القاضى أيضًا ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الهادِى » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » . واخْتارَه

الشرح الكبير

على الفَوْرِ أيضًا . فمتى شاء عَقِيبَ مَوتِ سَيِّدِه ، أو فى المجلسِ ، صار حُرًّا . وإن تَراخَتْ مَشِيئَتُه عن المجلِسِ ، لم يَثْبُتْ فيه حُرِّيَةٌ . وذَكَر فى الطَّلاقِ ، أنَّه إذا قال : أنتِ طالِقٌ إن شئتِ وشاء أبُوكِ . فشاءا معًا ، وقَعَ الطَّلاقُ ، سواءٌ شاءا(1) على الفَوْرِ أو التَّراخِى ، أو شاء أحَدُهما على الفَوْرِ والآخَرُ على التَّراخِى . وهذا مِثْله ، فيُخَرَّجُ فى كلِّ مَسْأَلَةٍ مثلُ ما ذَكَرَه فى الأُخْرَى .

فصل : وإذا قال لعبدِه : إذا متُّ فأنتَ حُرٌّ . أوْ لا ؟ أو قال : أنتَ حرٌّ أو لستَ بحُرٍّ ؟ لم يَصِرْ مُدَبَّرًا ؛ لأنَّه اسْتفهامٌ ، ولم يَقْطَعْ بالعِتْقِ . فهو كما لو قال لزوجتِه : أنتِ طالِقٌ أوْ لا ؟ وسَنَذْكُرُ ذلك فى الطَّلاقِ .

الإنصاف

ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ »، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » .

فائدة : لو قال : إذا شِئْتَ فأنْتَ مُدَبَّرٌ . فهو كقَوْلِه : متى شِئْتَ فأنتَ مُدَبَّرٌ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، فلا يَتَقَيَّدُ بالمَجْلِسِ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الشَّرْحِ » . وقال القاضى : يَخْتَصُّ بالمَجْلِسِ . وجزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » .

فائدةٌ أُخْرَى : لو قال : متى شِئْتَ بعدَ مَوْتِى فأنْتَ حُرٌّ . أو : أىَّ وَقْتٍ شِئْتَ بعدَ مَوْتِى فأنْتَ حُرٌّ . فهو تعْليقٌ للعِتْقِ على صِفَةٍ بعدَ المَوْتِ . والصَّحيحُ مِنَ

(1) فى م : « شاء » .

المقنع وَإِذَا قَالَ : قَدْ رَجَعْتُ فِى تَدْبِيرِى . أَوْ : قَدْ أَبْطَلْتُهُ . لَمْ يَبْطُلْ ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقٌ لِلْعِتْقِ بِصِفَةٍ . وَعَنْهُ ، يَبْطُلُ ، كَالْوَصِيَّةِ .

الشرح الكبير **٢٩٦٤** – مسألة : (وإذا قال : قد رَجَعْتُ فى تَدبيرِى . أو : أَبْطَلْتُه . لم يَبْطُلْ ؛ لأنه تَعْلِيقٌ للعِتقِ بصِفَةٍ . وعنه ، أنَّه يَبْطُلُ ، كالوَصِيَّةِ) اخْتَلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فى بُطْلانِ التدبيرِ بالرُّجُوعِ فيه قولًا . فالصَّحِيحُ أنَّه لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّه عَلَّقَ العِتْقَ بصِفةٍ [٦/٢٣ ظ] فلا يَبْطُلُ ، كما لو قال : إن دَخَلْتَ الدارَ فأنتَ حُرٌّ . والثانيةُ ، يَبْطُلُ ؛ لأنَّه جَعَلَ له نَفْسَه بعدَ مَوتِه ، فكانَ ذلك وَصِيَّةً ، فجاز الرُّجُوعُ فيه بالقولِ ، كما لو وَصَّى له بعبدٍ آخَرَ . وهو قولُ الشافعىِّ القَدِيمُ . وقولُه الجديدُ كالرِّوايةِ الأُولَى . وهو الصحيحُ ، كتَعْلِيقِه بصِفَةٍ فى الحياةِ . ولا يَصِحُّ القولُ بأنَّه وَصِيَّةٌ به لنَفْسِه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ نَفْسَه ، وإنَّما تَحْصُلُ فيه الحُرِّيةُ ويَسْقُطُ عنه الرِّقُّ ، ولهذا لا تَقِفُ الحُرِّيةُ على قَبُولِه واخْتِيارِه ، وتَنْجزُ عَقِيبَ الموتِ ، كتَنْجِيزِها عَقِيبَ سائِرِ الشُّرُوطِ . ولأنَّه غيرُ مُمْتَنِعٍ أن يَجْمَعَ الأمْرين ، فيَثْبُتَ فيه حُكْمُ التَّعْلِيقِ فى امْتِناعِ الرُّجُوعِ ، ويَجْتَمِعان فى حُصُولِ العِتْقِ بالموتِ .

الإنصاف المذهبِ ، أنَّه لا يصِحُّ . وقد تقدَّم ذلك فى كتابِ العِتْقِ . وقال القاضى : يصِحُّ . فعلى قوْلِه ، يكونُ ذلك على التَّراخِى بعدَ مَوْتِه ، وما كَسَب فهو لوَرَثَةِ سيِّدِه .

قوله : وإنْ قال : قَدْ رجَعْتُ فى تَدْبيرِى . أو : أَبْطَلْتُه . لم يبْطُلْ ؛ لأنه تَعْليقٌ للعِتقِ بصِفَةٍ . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ عندَ الأصحابِ . واخْتارَه القاضى ، وقال فى كتابِ « الرِّوايتَيْن » : هذه الرِّوايَةُ أَجْوَدُ

الشرح الكبير

فصل : إذا قال السَّيِّدُ لمُدَبَّرِه : إذا أدَّيتَ إلى وَرَثَتِى كذا فأنْتَ حُرٌّ . فهو رُجُوعٌ عن التَّدْبيرِ ، ويَنْبَنِى على الرِّوايَتَيْن ؛ إن قُلْنا : إنَّ له الرُّجُوعَ بالقولِ . بَطَلَ التَّدْبيرُ . وإن قُلْنا : ليس له الرُّجوعُ . لم يُؤَثِّرْ هذا القولُ شيئًا . وإن دَبَّرَه كلَّه ثم رَجَع فى نِصْفِه ، صَحَّ إذا قُلْنا بصِحَّةِ الرُّجُوعِ فى جميعِه ؛ لأنَّه لمَّا صَحَّ أن يُدَبِّرَ نِصْفَه ابْتِداءً ، صَحَّ أن يَرْجِعَ فى تَدْبيرِ نِصْفِه . وإن غَيَّرَ التَّدْبيرَ ، فكان مُطْلَقًا ، فجَعَلَهُ مُقَيَّدًا (١صار مُقَيَّدًا١) ، إن قُلْنا : يَصِحُّ الرجوعُ . وإلَّا فلا . فإن كان مُقَيَّدًا فأطْلَقَه ، صَحَّ على كلِّ حالٍ ؛ لأنَّه زيادةٌ فلا يُمْنَعُ منها . وإذا دَبَّرَ الأخْرَسُ ، وكانت إشارَتُه أو كِتابَتُه مَعْلُومةً ، صَحَّ تَدْبيرُه . ويَصِحُّ رُجُوعُه ، إن قُلْنا بصِحَّةِ الرُّجوعِ فى التَّدْبيرِ ؛ لأنَّ إشارَتَه وكِتابَتَه تقومُ مَقامَ نُطْقِ النَّاطقِ فى أحْكامِه ، وإن دَبَّرَ وهو نَاطِقٌ ، ثم خَرَس ، صَحَّ رُجُوعُه بإشارَتِه المعلومةِ أو كِتابَتِه . وإن لم تُفْهَمْ إشارَتُه ، فلا عِبْرَةَ بها ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ رُجُوعُه .

الإنصاف

الرِّوايتَيْن . وصحَّحَها ابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . قال فى « الخُلاصةِ » : لم يبْطُلْ على الأصحِّ . وصحَّحَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وعنه ، يبْطُلُ ، كالوَصِيَّةِ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الفائقِ » . وعنه ، لا يبْطُلُ إلَّا لقَضاءِ دَيْنِه . وفى « التَّبْصِرَةِ » رِوايَةٌ ، لا يبْطُلُ فى الأَمَةِ فقط .

(١ - ١) سقط من : م . وبياض فى الأصل . وانظر المغنى ٤٢٣/١٤ .

الشرح الكبير

فصل : وإذا رُهِنَ المُدَبَّرُ لم يَبْطُلْ تَدْبِيرُه ؛ لأَنَّه تَعْلِيقٌ للعِتْقِ بصِفَةٍ . فإن مات السيدُ وهو رَهْنٌ عَتَق ، وأُخِذَ مِن تَرِكَتِه قِيمَتُه ، فتكونُ رَهْنًا مَكانَه ؛ لأنَّ عِتْقَه بسَبَبٍ مِن جِهَةِ سيدِه ، فأشْبَهَ ما لو باشَرَه بالعِتْقِ نَاجِزًا .

الإنصاف

فعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ ، لا يصِحُّ رُجوعُه فى حَمْلٍ لم يُوجَدْ ، وإنْ رجَع فى حامِلٍ ، ففي حَمْلِها وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » . قلتُ : الصَّوابُ أنَّه لا يكونُ رُجوعًا فيه .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، قال فى « التَّرْغيبِ » وغيرِه : محَلُّ الرِّوايتَيْن ، إذا لم يَأْتِ بصَرِيحِ التَّعْليقِ ، أو بصَريحِ الوَصِيَّةِ . واقْتصرَ عليه فى « الفُروعِ » . الثَّانى ، قوْلُه : لأَنَّه تَعْليقٌ للعِتْقِ على صِفَةٍ . تقدَّم فى كتابِ العِتْقِ أنَّه يصِحُّ تَعْليقُ العِتْقِ على صِفَةٍ فى كلامِ المُصَنِّفِ .

فائدة : اعلَمْ أنَّ التَّدْبيرَ ؛ هل هو تعْليقٌ للعِتْقِ على صِفَةٍ ، أو هو وَصِيَّةٌ ؟ فيه رِوايَتان ؛ الصَّحيحُ منهما ، وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، أنَّه تعْليقٌ للعِتْقِ على صِفَةٍ .

تنبيه : يَنْبَنِى على هذا الخِلافِ مسائلُ جَمَّةٌ ؛ منها ، لو قتَل المُدَبَّرُ سيِّدَه ، هل يعْتِقُ أمْ لا ؟ على ما يأْتِى آخِرَ البابِ فى كلامِ المُصَنِّفِ . ومنها ، بَيْعُه وهِبَتُه ، هل يجوزُ أمْ لا ؟ على ما يأْتِى قريبًا فى كلامِ المُصَنِّفِ أيضًا . ومنها ، هل اعْتِبارُه مِنَ الثُّلُثِ ، أمْ مِن كُلِّ المالِ ؟ على ما تقدَّم فى أوَّلِ البابِ . ومنها ، إبْطالُ التَّدْبيرِ والرُّجوعِ عنه بالقَوْلِ ؛ وهى مَسْألَةُ المُصَنِّفِ المُتقدِّمَةُ . قال ابنُ رَجَبٍ : بَناهما الخِرَقِىُّ والأصحابُ على هذا الأصْلِ ؛ فإنْ قيلَ : هو وَصِيَّةٌ . جازَ الرُّجوعُ عنه ، وإنْ قُلنا :

الشرح الكبير

فصل : وإن ارْتَدَّ المُدَبَّرُ ولَحِقَ بدارِ الحَرْبِ لم يَبْطُلْ تَدْبِيرُه ؛ لأنَّ مِلْكَ سيدِه باقٍ عليه ، ويَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه بالعِتْقِ والهِبَةِ والبَيْعِ ، إن كان مَقْدُورًا عليه . فإن سَباه المسلمون لم يَمْلِكُوه ؛ لأنه مَمْلُوكٌ لمَعْصُومٍ ، ويُرَدُّ إلى سَيِّدِه إن عُلِمَ به قبلَ قَسْمِه . ويُسْتَتابُ فإن تاب وإلَّا قُتِلَ ، وإن لم يُعْلَمْ به حتى قُسِمَ ، لم يُرَدَّ إلى سَيِّدِه ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . والأُخْرَى ، إنِ اخْتارَ سَيِّدُه أخْذَه بالثَّمَنِ الذى حُسِبَ به على آخِذِه أخَذَه وإن لم يَخْتَرْ أخْذَه ، بَطَل تَدْبِيرُه . ومتى عاد إلى سَيِّدِه بوَجْهٍ مِن الوُجُوهِ ، عادَ تَدْبِيرُه . وإن لم يَعُدْ إلى سَيدِه ، بَطَل تَدْبِيرُه ، كما لو بِيعَ وكان رَقِيقًا لمَن هو فى يَدِه . وإن مات سَيِّدُه قبلَ سَبْيِه عَتَقَ . فإن سُبِىَ بعدَ هذا لم يُرَدَّ إلى وَرَثَةِ سَيِّدِه ؛ لأنَّ مِلْكَه زال عنه بحُرِّيتِه ، فصار كأحْرارِ دارِ الحَرْبِ ، ولكن يُسْتَتابُ ، فإن تاب وأسْلَمَ صار رَقِيقًا ، يُقْسَمُ بينَ الغانِمين . وإن لم [٢٤/٦ و] يَتُبْ قُتِلَ ، ولم يَجزِ اسْتِرْقاقُه ؛ لأنه لا يُقَرُّ على كُفْرِه . وقال القاضى : لا يَجُوزُ اسْتِرْقاقُه إذا أسْلَمَ . وهو قولٌ للشافعىِّ ؛ لأنَّ فى اسْتِرْقاقِه إبْطَالَ ولاءِ المسلمِ

الإنصاف

هو عِتْقٌ بصِفَةٍ . فلا . قال : وللقاضى وأبى الخَطَّابِ فى « تَعْليقَيْهِما » طريقةٌ أُخْرَى ؛ أنَّ الرِّوايتَيْن هنا مَبنِيَّتان على قوْلِنا : إنَّه وَصِيَّةٌ تُنْجَزُ بالمَوْتِ مِن غيرِ قَبُولٍ ، بخِلافِ بقِيَّةِ الوَصايا . وهو مُنْتَقِضٌ بالوَصِيَّةِ لجِهاتِ البِرِّ . قال : ولأبى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » طريقَةٌ ثالثةٌ ؛ وهى بِناءُ هاتَيْن الرِّوايتَيْن على جَوازِ الرُّجوعِ بالبَيْعِ ، أمَّا إنْ قُلْنا : يمْتَنِعُ الرُّجوعُ بالفِعْلِ . فبالقَوْلِ أَوْلَى . ومنها ، لو باعَ المُدَبَّرَ ثم اشْتَراه ، فهل يكونُ بَيْعُه رُجوعًا ، فلا يعُودُ تدْبيرُه ، أمْ لا يكونُ رُجوعًا ، فيعُودُ ؟ فيه رِوايَتان أيضًا ، بَناهما القاضى والأكْثَرون على هذا الأصْلِ . فإنْ قُلْنا : التَّدْبيرُ وَصِيَّةٌ . بطَلَت

الشرح الكبير

الذى[1] أعْتَقَه . ولَنا ، أنَّ هذا لا يَمْنَعُ قَتْلَه ، وإذْهابَ نفسِه وولائه ، فلأنْ لا يَمْنَعَ تَمَلُّكَه أوْلَى ، ولأنَّ المَمْلُوكَ الذى لم[2] يُعْتِقْه سيدُه يَثْبُتُ المِلْكُ فيه للغانمين إذا لم يُعْرَفْ مالِكُه بعَيْنِه ، ويَثْبُتُ فيه إذا قُسِمَ قبلَ العِلْمِ بمالِكِه ، والمِلْكُ آكَدُ مِن الولاءِ ، فلأنْ يَثْبُتَ مع الولاءِ وحدَه أوْلَى . فعلى هذا ، لو كان المُدَبَّرُ ذِميًّا فلَحِقَ بدارِ الحربِ ، ثم مات سَيدُه ، أو أعْتَقَه ، ثم قَدَر عليه المسلمون فسَبَوْه ، ملَكُوه وقَسَمُوه . وعلى قولِ القاضى ، وقولِ الشافعىِّ ، لا يَمْلِكُونه . فإن كان سَيدُه ذِميًّا ، جاز اسْتِرْقاقُه فى قولِ القاضى . ولأصحابِ الشافعىِّ فى اسْتِرْقاقِه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يجوزُ . وهذا حُجَّةٌ عليهم ؛ لأنَّ عِصْمَةَ مالِ الذِّمىِّ كعِصْمَةِ مالِ المسلمِ ، بدليلِ قَطْعِ سارِقِه[3] سواءٌ كان مسلمًا أو ذِميًّا ، ووُجُوبِ ضَمانِه ، وتَحْرِيمِ تَمَلُّكِ مالِه إذا أخَذَه الكفارُ ثم قَدَر عليه المسلمون فأدْرَكَه صاحِبُه قبلَ

الإنصاف

بخُروجِه عن مِلْكِه ، ولم تَعُدْ بعَوْدِه ، وإنْ قُلْنا : هو تعْليقٌ بصِفَةٍ . عادَ بعَوْدِ المِلْكِ ، بناءً على أصْلِنا فى عَوْدِ الصِّفَةِ بعَوْدِ المِلْكِ فى العِتْقِ والطَّلاقِ . وطريقةُ الخِرَقِىِّ وطائفةٍ مِن الأصحابِ ، أنَّ التَّدْبيرَ يعُودُ بعَوْدِ المِلْكِ هنا ، رِوايَةً واحدَةً ، بخِلافِ ما إذا أبْطَلَ تَدْبيرَه بالقَوْلِ . وهو يَتنزَّلُ على أحَدِ أمْرَيْن ؛ إمَّا أنَّ الوَصِيَّةَ لا تبْطُلُ بزَوالِ المِلْكِ مُطْلَقًا ، بل تعُودُ بعَوْدِه ، وإمَّا أنَّ هذا حُكْمُ الوَصِيَّةِ بالعِتْقِ خاصَّةً . ويأْتِى أصْلُ المَسْأَلَةِ فى كلامِ المُصَنِّفِ قريبًا . ومنها ، لو قال : عَبْدِى فُلانٌ حُرٌّ

---

(١) فى الأصل : « إذا » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى الأصل : « سارقيه » .

الشرح الكبير

القِسْمةِ . قال القاضى : الفَرْقُ بينَهما أنَّ سَيِّدَه هٰهُنا لو لَحِقَ بدارِ الحربِ جازَ تَملُّكُه ، فجازَ تَمَلُّكُ عَتيقِه ؛ بخِلافِ المسلمِ . قُلْنا : إنَّما جاز اسْتِرْقاقُ سَيِّدِه ؛ لزوالِ عِصْمَتِه ، وذَهابِ عاصِمِه ، وهو ذِمَّتُه وعَهْدُه ، وأمَّا إذا ارْتَدَّ مُدَبَّرُه ، فإنَّ عِصْمةَ ولائِه ثابتةٌ بعِصْمَةِ مَن له وَلاؤُه ، وهو والمسلمُ فى ذلك سواءٌ ، فإذا جاز إبْطالُ أحدِهما ، جاز فى الآخرِ مثلُه .

فصل : فإنِ ارْتَدَّ سَيِّدُ المُدَبَّرِ ، فذكَرَ القاضى أنَّ المذهبَ أنَّه يكونُ مَوْقوفًا ، فإن عاد إلى الإسلامِ فالتَّدْبيرُ باقٍ بحالِه ؛ لأنَّا[1] تَبَيَّنَّا أنَّ مِلْكَه لم يَزُلْ ، وإن قُتِلَ أو مات على رِدَّتِه لم يَعْتِقِ المُدَبَّرُ ؛ لأنَّا تَبَيَّنَّا أن مِلْكَه زال برِدَّتِه . وقال أبو بكرٍ : قياسُ قولِ أبى عبدِ اللهِ ، أنَّ تَدْبيرَه يَبْطُلُ

الإنصاف

بعدَ مَوْتى بسَنَةٍ . فهل يصِحُّ ويعْتِقُ بعدَ مَوْتِه بسنةٍ ، أم يبْطُلُ ؟ على رِوايتَيْن . وتقدَّم ذلك فى كلامِ المُصَنِّفِ فى كتابِ العِتْقِ ، فَلْيُراجَعْ . ومنها ، [١٤٥/٣و] لو كاتَبَ المُدَبَّرَ ، فهل يكونُ رُجوعًا عنِ التَّدْبيرِ أمْ لا ؟ على ما يأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ قريبًا . ومنها ، لو وَصَّى بعَبْدِه ثم دبَّرَه ، ففيه وَجْهان ؛ أشْهَرُهما ، أنَّه رُجوعٌ عنِ الوَصِيَّةِ . والثَّانى ، ليس برُجوعٍ . فعلى هذا ، فائِدَةُ الوَصِيَّةِ به ، أنَّه لو أبْطَلَ تدْبيرَه بالقَوْلِ ، لا يسْتَحِقُّه المُوصَى له . ذكَرَه فى « المُغْنِى » . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : ينْبَنِى على أنَّ التَّدْبيرَ ؛ هل هو عِتْقٌ بصِفَةٍ أو وَصِيَّةٌ ؟ فإنْ قُلْنا : هو عِتْقٌ بصِفَةٍ قُدِّمَ على المُوصَى به ، وإنْ قُلْنا : هو وَصِيَّةٌ . فقد ازْدحَمَتْ وَصِيَّتان فى هذا العَبْدِ ، فيَنْبَنِى على أنَّ الوَصايا المُزْدَحِمَةَ إذا كان بعضُها عِتْقًا ، هل تُقَدَّمُ أم يُتَحَاصُّ العِتْقُ وغيرُه ؟ على رِوايتَيْن . فإنْ قُلْنا بالمُحاصَّةِ ، فهو كما لو دَبَّرَ نِصْفَه

(١) فى م : « ولا » .

الشرح الكبير

بالرِّدَّةِ ، فإن عاد إلى الإسْلامِ اسْتَأْنَفَ التَّدْبيرَ . وقال الشافعيُّ : التَّدْبيرُ باقٍ ، ويَعْتِقُ بموتِ سَيِّدِه ؛ لأنَّ تَدْبيرَه سَبَقَ رِدَّتَه ، فهو كبَيْعِه وهِبَتِه قبلَ ارْتِدادِه . وهذا يَنْبَنِى على القولِ فى مالِ المُرْتَدِّ ، هل هو باقٍ على مِلْكِه ، أو قد زال برِدَّتِه ؟ وسيُذْكَرُ فى بابِ المُرْتَدِّ . فأمَّا إن دَبَّرَ فى حالِ رِدَّتِه ، فتَدْبيرُه مُراعًى ؛ إن عاد إلى الإسْلامِ تَبَيَّنَّا أنَّ تَدْبيرَه وَقَعَ صَحِيحًا ، وإن قُتِلَ أو مات تَبَيَّنَّا أنَّه وَقَعَ بَاطِلًا ، ولم يَعْتِقِ المُدَبَّرُ . وقال ابنُ أبى موسى : تَدْبيرُه باطلٌ . وهو قولُ أبى بكرٍ ؛ لأنَّ المالَ يزولُ بالرِّدَّةِ ، وإذا أسْلَمَ رُدَّ إليه تَملُّكًا[1] مُسْتَأْنَفًا .

الإنصاف

ووَصَّى بِنِصْفِه ، ويصِحُّ ذلك على المَنْصوصِ . انتهى . قال فى « الفَوائدِ » : وقد يُقالُ : المُوصَى له ، إنْ قيلَ : لا يمْلِكُ حتى يَقْبَلَ . فقد سبَق زَمَنُ العِتْقِ زَمَنَ مِلْكِه فيَنْفُذُ . وإنْ قيلَ : يملِكُ من حينِ المَوْتِ . فقد تَقارَنَ زمنُ مِلْكِه وزمنُ العِتقِ ، فينْبَغِى تقْديمُ العِتْقِ ، كما نصَّ عليه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَسْأَلَةِ مَن علَّق عِتْقَ عَبْدِه ببَيْعِه . ومنها ، الوَصِيَّةُ بالمُدَبَّرِ . فالمذهبُ ، أنَّها لا تصِحُّ . ذكَرَها القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، فى « خِلافَيْهما » ؛ لأنَّ التَّدْبيرَ الطَّارِئَ ، إذا أبطَلَ[2] الوَصِيَّةَ ، على المَشْهورِ ، فكيفَ يصِحُّ طرَيانُ الوَصِيَّةِ على التَّدْبيرِ ومُزاحَمَتُها له ؟ وبَنَى المُصَنِّفُ هذه المَسْأَلَةَ أيضًا على الأُصُولِ السَّابقةِ . ومنها ، وَلَدُ المُدَبَّرَةِ ، هل يتْبَعُها فى التَّدْبيرِ أمْ لا ؟ على ما يأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ قريبًا .

---

(١) فى الأصل : « تمليكا » .

(٢) فى ا : « لم يبطل » .

المقنع وَلَهُ بَيْعُ الْمُدَبَّرِ وَهِبَتُهُ . وَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ عَادَ التَّدْبِيرُ . وَعَنْهُ ، لَا يُبَاعُ إِلَّا فِى الدَّيْنِ . وَعَنْهُ ، لَا تُبَاعُ الْأَمَةُ خَاصَّةً .

الشرح الكبير **٢٩٦٥** – مسألة : (وله بَيْعُ المُدَبَّرِ وَهِبَتُهُ . وإن عاد إليه عاد التَّدْبِيرُ . وعنه ، لا يُباعُ إلَّا فى الدَّيْنِ . وعنه ، لا تُباعُ الأمَةُ خاصَّةً) اخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى بَيْعِ المُدَبَّرِ ؛ فنَقَل عنه جَماعَةٌ جوازَ بَيْعِه مُطْلَقًا ، فى الدَّيْنِ وغيرِه ، مع الحاجَةِ وعَدَمِها . قال إسماعيلُ ابنُ سعيدٍ[1] : سألتُ أحمدَ عن [٦/٢٤ ظ] بَيْعِ المُدَبَّرِ إذا كان بالرجلِ

الإنصاف قوله : وله بَيْعُ المُدَبَّرِ وهِبَتُه . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، بلا رَيْبٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ منهم ، القاضى ، والشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ ، والشِّيرازِىُّ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . قال فى « الفائقِ » : هذا المذهبُ . قال فى « الفَوائدِ » : والمذهبُ الجَوازُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ عندَ الأصحابِ . وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم ؛ لأن التَّدْبيرَ إمَّا وَصِيَّةٌ أو تعْليقٌ بصِفَةٍ ، وكِلاهما لا يَمْنَعُ نقْلَ المِلْكِ قبلَ الصِّفَةِ . وعنه ، لايجوزُ بَيْعُه مُطْلَقًا ؛ بِناءً على أنَّه عِتْقٌ بصِفَةٍ ، فيكونُ لازِمًا كالاسْتِيلادِ . وعنه ، لا يُباعُ إلَّا فى الدَّيْنِ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ فى العَبْدِ ، فقال : وله بَيْعُه فى الدَّيْنِ ، ولا تُباعُ المُدَبَّرَةُ ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْن . وفى الأُخْرَى ، الأمَةُ كالعَبْدِ . انتهى . وعنه ، لا تُباعُ إلَّا فى الدَّيْنِ أو الحاجَةِ . ذكَرَها القاضى فى « الجامِعِ » ، و « كِتابِ الرِّوايتَيْن » ، والمُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهم . قال

---

(١) فى م : « سعد » .

الشرح الكبير

حاجَةٌ إلى ثَمَنِه ، فقال : له أن يَبِيعَه ، مُحْتاجًا كان أو غيرَ محتاجٍ . قال شيخُنا[1] : وهذا هو الصَّحِيحُ . ورُوِىَ مثلُ هذا عن عائشةَ ، وعمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، وطاوُسٍ ، ومُجاهِدٍ . وهو قولُ الشافعىِّ . وكَرِهَ بَيْعَه ابنُ عُمَرَ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وابنُ سيرينَ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، ومالكٌ ؛ لأنَّ ابنَ عمرَ روَى ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لا يُباعُ المُدَبَّرُ ولا يُشْتَرَى »[2] . ولأنَّه اسْتَحَقَّ العِتْقَ بموتِ سَيِّدِه ، أشْبَهَ أمَّ الوَلَدِ . ولَنا ، ما روَى جابرٌ أنَّ رَجُلًا أعْتَقَ مَمْلُوكًا له عن دُبُرٍ ، فاحْتاجَ ، فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّى ؟ » فباعَه مِن نُعَيْمِ بنِ عبدِ اللهِ بثَمانِمائةِ دِرْهَمٍ ، فدَفَعَها إليه ، وقال : « أنتَ أحْوَجُ مِنْهُ » . مُتَّفَقٌ عليه[3] . قال جابرٌ : عَبْدٌ قِبْطِىٌّ مات عامَ أوَّلَ فى إمارةِ ابنِ الزُّبَيْرِ . قال أبو إسْحاقَ الجُوزْجانِىُّ : صَحَّتْ أحادِيثُ بَيْعِ المُدَبَّرِ باسْتِقامةِ الطُّرُقِ . والخَبَرُ إذا ثَبَتَ اسْتُغْنِىَ به عن غيرِه مِن رَأْىِ الناسِ . ولأنَّه عِتْقٌ بصِفَةٍ ثَبَتَ بقولِ المُعْتِقِ ، فلم يَمْنَعِ البَيْعَ ، كما لو قال : إن دَخَلْتَ الدارَ فأنتَ حُرٌّ . ولأنَّه تبَرُّعٌ بمالٍ بعدَ الموتِ ،

الإنصاف

فى « الفُروعِ » : اخْتارَه الخِرَقِىُّ . وقد تقدَّم لفْظُه . وعنه ، لا تُباعُ الأَمَةُ خاصَّةً . قال فى « الرَّوْضَةِ » : وله بَيْعُ العَبْدِ فى الدَّيْنِ ، وفى بَيْعِه الأَمَةَ فيه رِوايَتان . ومنها ، لو جحَد السَّيِّدُ التَّدْبيرَ ، فنَصَّ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّه ليس برُجوعٍ . قدَّمه

---

(1) فى : المغنى ٤٢٠/١٤ .

(2) أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب المكاتب . سنن الدارقطنى ١٣٨/٤ . والبيهقى ، فى : باب من قال : لا يباع المدبر ولا يشترى ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ٣١٤/١٠ وضعفاه ، وانظر إرواء الغليل ١٧٧/٦ .

(3) تقدم تخريجه فى ٣٧٩/١٨ .

الشرح الكبير

فَلَم يَمْنَعِ البَيْعَ فى الحياةِ ، كالوَصِيَّةِ . قال أحمدُ : هم يقولون : مَن قال : غُلامِى حُرٌّ رأسَ الشَّهْرِ . فله بَيْعُه قبلَ رأسِ الشهرِ . فإن قال : غدًا . فله أن يبيعَه اليومَ . وإن قال : إذا مِتُّ . قال : لا يَبِيعُه . فالموتُ أكبرُ(١) مِنَ الأجَلِ ، ليس هذا قِياسًا ، إن جاز أن يَبِيعَه قبلَ رأسِ الشَّهْرِ ، فله أن يَبِيعَه قبلَ مَجِىءِ الموتِ ، وهم يقولون فى مَن قال : إن مِتُّ مِن مَرَضِى هذا فعَبْدِى حُرٌّ . ثم لم يَمُتْ مِن مَرَضِه ذلك ، فليس بِشَىءٍ . فإن قال : إن مِتُّ فهو حرٌّ . لا يُباعُ . هذا مُتناقِضٌ ، إنَّما أصْلُه الوَصِيَّةُ مِن الثُّلُثِ ، فله أن يُغيِّرَ وصِيَّتَه ما دام حَيًّا . فأمَّا خَبَرُهُم ، فلم يَصِحَّ عن النبىِّ ﷺ ، إنَّما هو مِن قولِ ابنِ عمرَ . قال الطَّحاوِىُّ : هو عن ابنِ عمرَ ، وليس بمُسْنَدٍ عن رَسُولِ اللهِ ﷺ . ويَحْتَمِلُ أنَّه أراد بعدَ الموتِ ، أو على الاسْتِحْبابِ . ولا يَصِحُّ قياسُه على أمِّ الوَلَدِ ؛ لأنَّ عِتْقَها يثْبُتُ بغيرِ اخْتِيارِ سَيِّدِها ، وليس بتَبَرُّعٍ ، ويكونُ مِن جميعِ المالِ ، ولا يُمْكِنُ إبْطالُه بحالٍ ، والتَّدْبيرُ بخِلافِه . والهِبَةُ كالبَيْعِ ؛ لأنَّها تَمْلِيكٌ فى الحياةِ ، فأشْبَهَتِ البَيْعَ . ورُوِىَ (٢عن أحمدَ٢) رِوايةٌ ثانيةٌ ، أنَّه لا يُباعُ إلَّا فى الدَّيْنِ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وقال مالكٌ : لا يُباعُ إلَّا فى دَيْنٍ يَغْلِبُ رَقَبَةَ العَبْدِ . فإذا

الإنصاف

ابنُ رَجَبٍ . وقال الأصحابُ : إنْ قُلْنا : هو عِتْقٌ بصِفَةٍ . لم يكُنْ رُجوعًا ، وإنْ قُلْنا : هو وَصِيَّةٌ . فوَجْهان ؛ بِناءً على ما إذا جحَد المُوصِى الوَصِيَّةَ ، هل هو رُجوعٌ أمْ لا ؟ قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ،

---

(١) فى م : « أكثر » .

(٢ - ٢) فى م : « عنه » .

الشرح الكبير

كان العَبدُ يُساوِى ألفًا ، وكان عليه خَمْسُمائةٍ ، لم يُبَعْ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه قال : أنا أرَى بَيْعَ المُدبَّرِ فى الدَّيْنِ ، وإذا كان فَقِيرًا لا يَمْلِكُ شيئًا رأيتُ أن أبيعَه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ باع المُدَبَّرَ لمَّا عَلِمَ أنَّ صاحِبَه لا يَمْلِكُ شيئًا غيرَه ، باعَه النبىُّ ﷺ لِما علِمَ (1)مِن حاجَتِه(1) . وهذا قولُ إسحاقَ ، وأبى أيوبَ ، وأبى خَيْثَمَةَ(2) ، وقالا(3) : [٦/٢٥ و] إن باعه مِن غيرِ حاجةٍ أجَزْناه . وهذا مِثلُ الرِّوايةِ الأُولَى . ووَجْهُ قولِ الخِرَقِىِّ والرِّوايةِ التى قال أحمدُ أنَّه يَرَى بَيْعَه فى الدَّيْنِ وإذا كان صاحِبُه فَقِيرًا لا يَمْلِكُ غيرَه ، حَدِيثُ(4) جابرٍ المَذْكُورُ ، فإنَّ النبىَّ ﷺ إنَّما باعَ المُدَبَّرَ عندَ الحاجةِ ، فلا يُتَجاوَزُ به مَوْضِعَ الحاجةِ . وعن أحمدَ رِوايةٌ رابعةٌ ، أنَّ الأمَةَ لا تُباعُ خاصَّةً . قال شيخُنا(5) : لا نَعْلَمُ هذا التَّفرِيقَ بينَ المُدبَّرِ والمُدبَّرَةِ عن

الإنصاف

و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » : وإنْ أنْكرَه ، لم يكُنْ رُجوعًا ، إنْ قُلْنا : تعْليقٌ . وإلَّا فوَجْهان . انتهى . قلتُ : الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه إذا جحَد الوَصِيَّةَ لا يكونُ رُجوعًا ، على ما تقدَّم . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : قلتُ : إنْ جوَّزْنا الرُّجوعَ وحلَف ، صحَّ ، وإلَّا فلا . ويأْتِى آخِرَ الباب بما يُحْكَمُ عليه إذا أنْكرَ التَّدْبيرَ .

(١ - ١) فى الأصل : « صاحبه » .

(٢) كذا بالنسختين وأصل المغنى ، وفى بعض نسخه : « أبى ثور وأبى حنيفة » .

(٣) فى م : « قال » .

(٤) فى الأصل : « لحديث » .

(٥) فى : المغنى ٤٢١/١٤ .

الشرح الكبير

غيرِ إمامِنا ، رحِمَه اللهُ ، وإنَّما احْتاطَ فى روايَةِ المَنْعِ مِن بَيْعِها ؛ لأنَّ فيه إباحةَ فَرْجِها ، وتَسْلِيطَ مُشْتَرِيها على وَطْئِها مع الخِلافِ فى بَيْعِها وحِلِّها ، فكرِه الإقْدامَ على ذلك مع الاخْتِلافِ فيه ، والظاهِرُ أنَّ المَنْعَ منه كان على سَبيلِ الوَرَعِ لا على التَّحْريمِ ؛ فإنَّه إنَّما قال : لا يُعْجِبُنى بَيْعُها . والصَّحِيحُ جَوازُ بَيْعِها ، فإنَّ عائِشَةَ باعَتْ مُدَبَّرَةً لها سَحَرَتْها . ولأنَّ المُدَبَّرَةَ فى مَعْنَى المُدَبَّرِ ، فما ثَبَتَ فيه ثَبَتَ فيها .

٢٩٦٦ – مسألة : (وإن عاد إليه عاد التَّدْبيرُ) لأنَّه عَلَّقَ عِتْقَه بصِفَةٍ[١] فإذَا باعه [٢]ثم عاد إليه[٢] ، عادت الصِّفَةُ إليه[٣] ، كما لو قال : أنت حُرٌّ إن دَخَلْتَ الدارَ . فباعه ثم اشْتَراه . وذَكَرَ القاضى ، أن هذا مَبْنِىٌّ على أنَّ التَّدْبيرَ تَعْليقٌ بصِفَةٍ . وفيه رِوايةٌ أُخْرَى ، أنَّه وَصِيَّةٌ ، فيَبْطُلُ بالبَيْعِ ، ولا يَعُودُ ؛ لأنَّه لو وَصَّى بشىءٍ ثم باعه بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ، ولم تَعُدْ بشِرائِه .

الإنصاف

فائدة : حُكْمُ وَقْفِ المُدَبَّرِ حُكْمُ بَيْعِه . قالَه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . وكذا حُكْمُ هِبَتِه .

قوله : وإنْ عادَ إليه عادَ التَّدْبيرُ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وصحَّحه فى « الفائقِ » وغيرِه . وعنه ، يبْطُلُ التَّدْبيرُ . وهما مَبْنِيَّان على أنَّ التَّدْبيرَ ، هل هو عِتْقٌ بصِفَةٍ أو

---

(١) فى الأصل : « نصفه » .
(٢ – ٢) سقط من : الأصل .
(٣) سقط من : م .

المقنع

وَمَا [١٩٥و] وَلَدَتِ الْمُدَبَّرَةُ بَعْدَ تَدْبِيرِهَا فَهُوَ بِمَنْزِلَتِهَا ، وَلَا يَتْبَعُهَا وَلَدُهَا مِنْ قَبْلِ التَّدْبِيرِ .

الشرح الكبير

وهذا مذهبُ الشافعيِّ ، إلَّا أنَّ عَوْدَ الصِّفَةِ بعدَ الشِّراءِ له فيه قولان . والصَّحِيحُ أنَّ الصِّفَةَ تعُودُ بعَوْدِه إلى مِلْكِه ؛ لأنَّ التَّدْبيرَ وُجِدَ فيه التَّعْلِيقُ بصِفَةٍ[1] ، فلا يَزُولُ حُكْمُ التَّعْلِيقِ بوُجُودِ مَعْنى الوَصِيَّةِ فيه ، بل هو جامِعٌ للأمْرَيْن[2] ، وغيرُ مُمْتَنِعٍ وُجُودُ الحُكْمِ بسَبَبَيْن ، فيَثْبُتُ حُكْمُهما فيه .

٢٩٦٧ - مسألة : (ومَا ولدتِ المُدَبَّرَةُ بعدَ تَدْبِيرِها فهو بمَنْزِلَتِها ، ولا يَتْبَعُها وَلَدُها مِن قبلِ التَّدْبيرِ) وجملةُ ذلك ، أنَّ الولدَ الحادِثَ مِن المُدَبَّرَةِ بعدَ تَدْبيرِها لا يَخْلُو مِن حالَيْن ؛ أحَدُهما ، أن يكونَ مَوْجودًا حالَ تَدْبيرِها ، ويُعْلَمُ ذلك بأن تَأْتِىَ به لأقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهرٍ مِن حينِ

الإنصاف

وَصِيَّةٌ ؟ على ما تقدَّم . وتقدَّم ذلك أيضًا فى الفوائدِ بأَتَمَّ مِن ذلك ، فَلْيُراجَعْ . والصَّحيحُ عندَ المُصَنِّفِ وغيرِه ، رُجوعُه إلى التَّدْبيرِ مُطْلَقًا .

قوله : وما وَلَدَتِ المُدَبَّرَةُ ، بعد تَدْبيرِها فهو بمَنْزِلَتِها . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع به الخِرَقِيُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ، وغيرِهم . قال فى « الفوائدِ » : المَشْهورُ أنَّه يتْبَعُها فى التَّدْبيرِ ، كما لو وَلَدَتْه بعدَه ، سواءٌ كان مَوْجودًا حالَ التَّعْليقِ أو العِتْقِ أو

---

(١) فى الأصل : « نصفه » .

(٢) فى م : « لأمرين » .

الشرح الكبير

التَّدْبيرِ ، فهذا يَدْخُلُ معها فى التَّدْبيرِ بغَيْرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه كعُضْوٍ مِن أعْضَائِها ، فإن بَطَلَ التَّدْبيرُ فى الأمِّ لِبَيْعٍ أو مَوْتٍ ، أو رُجُوعٍ بالقولِ ، لم يَبْطُلْ فى الوَلَدِ ؛ لأنَّه ثبَتَ أصْلًا . الحالُ الثانى ، أن تَحْمِلَ به بعدَ التَّدْبيرِ ، فهذا يَتْبَعُ أمَّهُ فى التَّدْبيرِ ، ويكونُ حُكْمُه حُكْمَها فى العِتْقِ بموتِ سَيِّدِها ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . رُوِىَ ذلك عن ابنِ مسعودٍ[1] ، وابنِ عمرَ . وبه قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، والقاسمُ ، ومجاهدٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، والزُّهْرِىُّ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والحسنُ بنُ صالحٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وذكَرَ القاضى أنَّ حَنْبَلًا نَقَلَ عن أحمدَ ، أنَّ وَلَدَ المُدَبَّرَةِ عبدٌ إذا لم يَشْرُطِ المَوْلَى . قال : فظاهِرُ هذا أنَّه لا يَتْبَعُها ، ولا يَعْتِقُ بموتِ سَيدِها . وهذا قولُ جابرِ بنِ زيدٍ ، وعطاءٍ . وللشافعىِّ قوْلان [٢٥/٦ ظ] كالمَذْهَبيْن ؛ أحَدُهما ، لا يَتْبَعُها . وهو اخْتِيارُ المُزَنِىِّ ؛ لأنَّ عِتْقَها مُعَلَّقٌ بصِفَةٍ ، ثَبَتَ بقولِ المُعْتِقِ وَحْدَه ، فأشْبَهَتْ مَن عُلِّقَ عِتْقُها بدُخولِ الدارِ . قال جابرُ بنُ زيدٍ : إنَّما هو بمَنْزِلةِ الحائطِ تَصَدَّقْتَ به إذا مِتَّ ، فإنَّ ثَمَرَتَه لك ما عِشْتَ . ولأنَّ التدبيرَ

الإنصاف

حادِثًا بينَهما . وعنه ، فى الحَمْلِ بعدَ التَّدْبيرِ ، أنَّه كحَمْلِ مُعْتَقَةٍ بصِفَةٍ ، على ما تقدَّم فى أواخِرِ البابِ الذى قبلَه . وعنه ، لا تَتْبَعُها الأُنْثَى إلَّا بشَرْطِ السَّيِّدِ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ ، بخِلافِ الذَّكَرِ . قالَه [١٤٥/٣ظ] فى « الفائقِ » . واخْتارَ فى « الانْتِصارِ » ، أنَّه لا يَتْبَعُ . قالَه فى « الفُروعِ » . قال فى « الفَوائدِ » : وحكَى القاضى ، فى كتابِ « الرِّوايتَيْن » ، فى تَبَعِيَّةِ الوَلَدِ رِوايتَيْن ، وبَناهما على أنَّ التَّدْبيرَ ؛

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى ولد المدبرة ....، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ١٦٥/٦ .

الشرح الكبير

وَصِيَّةٌ ، وولدُ المُوصَى بها قبلَ الموتِ لسيدِها . ولَنا ، ما رُوِىَ عن عمرَ ، وابنِ عمرَ ، وجابرٍ[(١)] ، أنَّهم قالوا : ولَدُ المُدَبَّرَةِ بمَنْزِلَتِها . ولم نَعْرِفْ لهم فى الصحابةِ مُخَالِفًا ، فكان إجْماعًا ، ولأنَّ الأمَّ اسْتَحَقَّتِ الحُرِّيةَ بموتِ سَيدِها ، فيَتْبَعُها ولَدُها ، كأُمِّ الولدِ . ويُفارِقُ التَّعْلِيقَ بصِفَةٍ فى الحياةِ ، والوَصِيَّةَ ؛ لأنَّ التَّدْبيرَ آكَدُ مِن كلِّ واحدٍ منهما ؛ لأنَّه اجْتَمَعَ فيه الأمرانِ[(٢)] ، وما وُجِدَ فيه سببان آكَدُ ممَّا وُجِدَ فيه أحَدُهما ، ولذلك لا يَبْطُلُ بالمَوْتِ ، ولا بالرُّجُوعِ عنه . فعلى هذا ، إن بَطَلَ التَّدْبيرُ فى الأُمِّ لمعنًى اخْتَصَّ بها مِن بَيْعٍ ، أو مَوْتٍ ، أو رُجُوعٍ ، لم يَبْطُلْ فى وَلَدِها ، ويَعْتِقُ بموتِ سَيدِها ، كما لو كانت أمُّه باقِيَةً على التَّدْبيرِ . فإن لم يَتَّسِعِ الثُّلُثُ لهما جميعًا أُقْرِعَ بينَهما ، فأيُّهما خَرَجَتِ القُرْعَةُ له عَتَق إنِ احْتَمَلَه الثُّلُثُ ، وإلَّا عَتَقَ منه بقَدْرِ الثُّلُثِ . وإن فَضَلَ مِن الثُّلُثِ بعدَ عِتْقِه شىءٌ كُمِّلَ مِن الآخَرِ ، كما لو دَبَّرَ عَبْدًا و[(٣)]أمَةً معًا .

الإنصاف

هل هو عِتْقٌ لازِمٌ كالاسْتيلادِ أمْ لا ؟ ومِن هنا قال أبو الخَطَّاب فى « انْتِصارِه » : تبَعِيَّةُ الوَلَدِ مَبْنِىٌّ على لزُومِ التَّدْبيرِ . وخرَّج أبو الخَطَّابِ وَجْهًا ، أنَّه لا يَتْبَعُها الحادِثُ بينَهما ، وإنَّما يَتْبَعُها إذا كان مَوْجودًا معها فى أحَدِهما مِن حُكْمِ وَلَدِ المُعَلَّقِ عِتْقُها بصِفَةٍ ؛ بِناءً على أنَّ التَّدْبيرَ تعْليقٌ بصِفَةٍ . ويَنْبَغِى على هذا أنْ يُخَرِّجَ طريقةً أُخْرَى ،

(١) أخرجه عن جابر وابن عمر ، البيهقى ، فى : باب ما جاء فى ولد المدبرة ... ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ٣١٥/١٠ . وعن ابن عمر ، عبد الرزاق ، فى : باب أولاد المدبرة ، من كتاب المدبر . المصنف ١٤٤/٩ .

(٢) فى م : « الأحرار » .

(٣) فى م : « أو » .

الشرح الكبير

فأمَّا الولدُ الذى وُجِدَ قبلَ التَّدْبيرِ ، فلا يَتْبَعُها ؛ لأنَّه لا يَتْبَعُ فى العِتْقِ المُنْجَزِ ، ولا فى حُكْمِ الاسْتِيلادِ ، ولا فى الكِتابةِ ، فلأنْ[1] لا يَتْبَعَ فى التَّدْبيرِ أوْلى ، فإنَّ المَيْمُونِىَّ قال : قلتُ لأحمدَ : ما كان مِن ولَدِ المُدَبَّرَةِ قبلَ أن تُدَبَّرَ . (٢قال : لا٢) يَتْبَعُها مِن ولَدِها ما كان قبلَ ذلك ، إنَّما يَتْبَعُها

الإنصاف

أنَّه لا يَتْبَعُها الوَلَدُ الحادِثُ بينَهما بغيرِ خِلافٍ . وأمَّا ما كان مَوْجودًا فى أحَدِ الحالَيْن ، فهل يَتْبَعُها ؟ على وَجْهَيْن ؛ بِناءً على أنَّ التَّدْبيرَ وَصِيَّةٌ ، وحُكْمُ وَلَدِ المُوصَى بها كذلك ، عندَ الأصحاب . انتهى كلامُه فى « الفَوائدِ » . وقال فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والثَّمانِينَ » ، على القَوْلِ بأنَّه يَتْبَعُها : قال الأكْثرون : ويكونُ مُدَبَّرًا بنَفْسِه لا بطَريقِ التَّبعِ ، بخِلافِ وَلَدِ المُكاتَبَةِ . وقد نصَّ فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، على أنَّ الأُمَّ لو عتَقَتْ فى حياةِ السَّيِّدِ ، لم يعْتِقْ الوَلَدُ حتى تموتَ . وعلى هذا ، لو رجَع فى تَدْبيرِ الأُمِّ ، وقُلْنا : له ذلك . بَقِىَ الوَلَدُ مُدَبَّرًا . هذا قولُ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ . وقال أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » : هل هو تابعٌ مَحْضٌ لها ؛ إنْ عتَقَتْ عتَق ، وإنْ رَقَّتْ رَقَّ ؟ وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ أبِى مُوسى . انتهى . وقال فى « الانْتِصارِ » : هل يبْطُلُ عِتْقُ المُدَبَّرِ وأُمِّ الوَلَدِ بمَوْتِهما قبلَ السَّيِّدِ أمْ لا ؛ لأنَّه لا مالَ لهما ؟ اخْتلَفَ كلامُه ، ويَظْهَرُ الحُكْمُ فى وَلَدِهما .

قوله : ولا يَتْبَعُها وَلَدُها قبلَ التَّدْبيرِ . هذا المذهبُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ . وكذا قال غيرُه . وعليه الأصحابُ . وعنه ، يَتْبَعُها . حكاها أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » مِن روايَةِ حَنْبَلٍ . وتأَوَّلَها المُصَنِّفُ ، وقال : هذه الرِّوايَةُ بعيدَةٌ .

(١) فى م : « فأن » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

ما كان بعدَ ما دُبِّرَتْ . وذَكَر أبو الخَطَّابِ رِوايةً أُخْرَى ، أنَّه يَتْبَعُها فى التَّدْبيرِ ، كالمَوْلودِ[1] بعدَه ؛ لأنَّ حَنْبَلًا قال : سَمِعْتُ عَمِّى يقولُ فى الرجلِ يُدَبِّرُ الجارِيَةَ ولها ولَدٌ ، قال : ولَدُها معها . قال شيخُنا[2] : وهذا بَعِيدٌ ، والظاهِرُ أنَّ أحمدَ إنَّما أراد وَلَدَها بعدَ التَّدْبيرِ ، على ما صَرَّحَ به فى غيرِ هذه الرِّوايةِ ، فإنَّ ولدَها لا يَتْبَعُها فى شىءٍ مِن[3] الأسْبابِ التى تَنْقُلُ المِلْكَ فى الرَّقَبَةِ ، مِن البَيْعِ ، والهِبَةِ ، والوَقْفِ ، ولا يَتْبَعُها فى الاسْتِيلادِ الذى هو آكَدُ مِن التَّدْبيرِ ، فلأنْ[4] لا يَتْبَعَها فى التَّدْبيرِ أَوْلَى .

فصل : فأمّا ولَدُ المُدبَّرِ ، فحُكْمُه حُكْمُ أُمِّه ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه . وهو قولُ ابنِ عمرَ ، وعطاءٍ ، والزُّهْرِىِّ ، والأوْزاعِىِّ ، واللَّيْثِ ؛ لأنَّ الولَدَ يَتْبَعُ الأمَّ فى الرِّقِّ والحُرِّيةِ . فإن تَسَرَّى المُدَبَّرُ بإذنِ سَيِّدِه فوُلِدَ له ،

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو وَلَدَتِ المُوصَى بوَقْفِها أو عِتْقِها قبلَ مَوْتِ المُوصِى ، لم يَتْبَعْها . ذكَرَه القاضى فى المُوصَى بعِتْقِها . وقِياسُه الأُخْرَى . ويحْتَمِلُ أنْ يَتْبَعَ فى الوَصِيَّةِ بالوَقْفِ ؛ بِناءً على أنَّ الغالِبَ فيه ثُبوتُ التحْريرِ دُونَ التَّمْليكِ . قالَه فى « القَواعدِ » . الثَّانيةُ ، وَلَدُ المُدَبَّرِ مِن أَمَةِ المُدَبَّرِ نفْسِه كالمُدَبَّرِ . نصَّ عليه . قدَّمه فى « الفُروعِ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : فإنْ تَسَرَّى المُدَبَّرُ بإذْنِ سيِّدِه ، فوُلِدَ له ، فرُوِىَ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّهم يَتْبَعُونَه فى التَّدْبيرِ . واقْتَصرَ عليه .

---

(١) فى م : « كالموجود » .
(٢) فى : المغنى ٤٢٦/١٤ .
(٣) سقط من : الأصل .
(٤) فى م : « فأن » .

الشرح الكبير

فرُوِى عن أحمدَ ، أنَّهم يَتْبَعُونَه فى التَّدْبيرِ . ورُوِىَ ذلك عن مالكٍ . وهو أحدُ الوَجْهَين لأصْحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ إباحةَ التَّسَرِّى تَنْبَنى على ثُبوتِ المِلْكِ ، ووَلَدُ الحُرِّ مِن أمَتِه يَتْبَعُه فى الحُرِّيةِ دُونَ أُمِّه ، كذلك ولدُ المُدَبَّرِ مِن[1] أمَتِه يَتْبَعُه دُونَها ، ولأنَّه وَلَدُ مَن يَسْتَحِقُّ الحُرِّيَّةَ مِن أمَتِه ، فيَتْبَعُه فى ذلك ، كولدِ [٦/٢٦ و] المُكاتَبِ مِن أمَتِه .

فصل : وإذا وَلَدَتِ المُدَبَّرَةُ ، فرَجَعَ فى تَدْبيرِها ، وقُلْنا بصِحَّةِ الرُّجُوعِ ، لم يَتْبَعْها ولدُها ؛ لأنَّ الولدَ المُنْفَصِلَ لا يَتْبَعُ فى الحُرِّيةِ ولا فى التَّدْبيرِ ، ففى الرُّجوعِ أوْلَى . وإن رَجَع فى[2] تدبيرِه وحدَه جاز ؛ لأنَّه إذا جاز الرُّجُوعُ فى الأمِّ المباشَرةِ بالتَّدْبيرِ ، ففى غيرِها أوْلَى . فإن رجع فى[2] تدبيرِهما ، جاز ، كما لو دَبَّرَها وابنَها[3] المُنْفَصِلَ . وإن دَبَّرَها حامِلًا ، ثم رَجَع فى تَدْبيرِها حالَ حَمْلِها ، لم يَتْبَعْها الولَدُ فى الرُّجُوعِ ؛ لأنَّ التَّدْبيرَ إعْتاقٌ ، والإعْتاقُ مَبْنِىٌّ على التَّغْليبِ والسِّرايةِ ، والرُّجُوعُ عنه

الإنصاف

وذكَر جماعةٌ ، أنَّه لا يَتْبَعُه . قالَه فى « الفُروعِ » . قال فى « الرِّعايتَيْن » : ولا يكونُ وَلَدُ المُدَبَّرِ مِن أَمَتِه مِثْلَه فى الأصحِّ ، بل يَتْبَعُ أُمَّه . وقال فى « الفُروعِ » أيضًا : ووَلَدُه مِن غيرِ أَمَتِه كالأُمِّ . فجزَم بأنَّه كالأُمِّ . وقال فى « الفائقِ » : ووَلَدُ المُدَبَّرِ تابعٌ أُمَّه لا أباه ، فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قال فى « الحاوِى الصَّغيرِ » : ولا يكونُ وَلَدُ

---

(١) سقط من : م .
(٢ - ٢) سقط من : م .
(٣) فى م : « ابنه » .

الشرح الكبير

بعَكْسِ ذلك ، فلم يَتْبَعْ الولَدُ فيه . وهذا كما لو وُلِدَ له تَوْأمان ، فأقَرَّ بأحَدِهما ، لحِقاه جميعًا ، وإن نَفَى[1] أحَدَهُما ، لم يَنْتَفِ الآخَرُ ، وإن رَجَعَ فى أحدِهما دُونَ الآخرِ ، جاز . وإن دَبَّرَ الولَدَ دُونَ أمِّه ، أو الأمَّ دُونَ ولدِها ، جاز ؛ لأنَّه يجوزُ أن يُعْتِقَ كلَّ واحدٍ منهما دُونَ صاحِبه ، فجَوازُ أن يُدَبِّرَ أحَدَهما دُونَ صاحِبه أوْلَى ، ولأنَّه تَعْلِيقٌ للعِتْقِ بصِفَةٍ ، فجاز فى أحَدِهما دُونَ الآخَرِ ، كالتَّعْليقِ بدُخُولِ الدارِ . وإن دَبَّرَ أمَتَه ثم قال : إن دَخَلْتِ الدارَ فقد رَجَعْتُ فى تَدْبيرِى . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الرجوعَ لا يَصِحُّ تَعْلِيقُه بصِفَةٍ[2] . وإن قال : كلَّما ولَدْتِ وَلَدًا فقد رَجَعْتُ فى تدبيرِه . لم يَصِحَّ ؛ لذلك .

فصل : إذا اخْتَلَفتِ المدَبَّرَةُ ووَرَثَةُ سيدِها فى ولَدِها ، فقالت : ولَدْتُهم بعدَ تَدْبيرِى ، فعَتَقُوا مَعِى . وقال الوَرَثَةُ : بل ولدتِيهم[3] قبلَ تَدْبيرِكِ ، فهم مَمْلُوكُون لنا . فالقولُ قولُ الوَرَثَةِ مع أيْمانِهم ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاءُ رِقِّهم

الإنصاف

المُدَبَّرِ مثلَه فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قال الزَّرْكَشِىُّ ، والخِرَقِىُّ ، رَحِمَهما اللهُ : إنَّما حُكِمَ على وَلَدِ المُدَبَّرَةِ ، أمَّا وَلَدُ المُدَبَّرِ ، فلا يَتْبَعُ أباه مُطْلَقًا على المذهب . وعنه ، يَتْبَعُه . وظاهِرُ كلامِه فى « المُغْنِى » ، الجَزْمُ بها فى وَلَدِه مِن أَمَتِه المَأْذُونِ له فى التَّسَرِّى بها ، ويكونُ مُدَبَّرًا . انتهى .

---

(١) فى الأصل : « بقى » .

(٢) فى الأصل : « نصفه » .

(٣) فى م : « ولدتهم » .

المقنع وَلَهُ إِصَابَةُ مُدَبَّرَتِهِ ، فَإِنْ أَوْلَدَهَا بَطَلَ تَدْبِيرُهَا .

الشرح الكبير وانتفاءُ الحُرِّيةِ عنهم ، فإذا لم تكنْ بَيِّنَةٌ ، فالقَوْلُ قولُ من يُوافِقُ قولُه الأصْلَ .

فصل : وكَسْبُ المُدبَّرِ فى حَياةِ سَيِّدِه لسيدِه ، له أخْذُه منه ؛ لأنَّ التَّدْبيرَ لا يخْرُجُ عن شِبْهِهِ بالوَصِيَّةِ بالعِتْقِ ، أو بالتَّعْليقِ له على صِفَةٍ ، أو بالاسْتِيلادِ ، وكلُّ هؤلاء كَسْبُهم لسيدِهم ، فكذلك المدَبَّرُ . فإنِ اخْتَلَفَ هو ووَرَثَةُ سيدِه فيما[1] بيَدِه بعدَ عِتْقِه ، فقال : كَسبْتُه بعدَ حرِّيَّتى . وقالوا : بل قبلَها . فالقولُ قولُه ؛ لأنه فى يَدِه ، ولم يثْبُتْ مِلكُهم عليه ، بخِلافِ الولَدِ ، فإنَّه كان رقيقًا لهم . فإن أقامَ كلُّ واحدٍ منهما بَيِّنةً بدَعْواه ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الوَرَثَةِ عندَ مَن يَرَى تَقْديمَ بَيِّنَةِ الخارِجِ ، وبَيِّنَةُ المُدبَّرِ عندَ مَن يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ . فإن أقَرَّ المُدَبَّرُ أن ذلك كان فى يَدِه فى حياةِ سيدِه ، ثم تَجَدَّدَ مِلْكُه عليه بعدَ موتِه ، فالقولُ قولُ الوارِثِ ؛ لأنَّ الأصْلَ معهم[2] . وإن أقامَ المُدَبَّرُ بَيِّنَةً بدَعْواه، قُبِلَتْ ، وتُقَدَّمُ على بَيِّنَةِ الوَرَثَةِ إن كانت لهم بَيِّنَةٌ ؛ لأنَّ بَيِّنَتَه تَشْهَدُ بزِيادةٍ ، وإن لم يُقِرَّ المُدَبَّرُ بأنه كان له فى حياةِ سَيِّدِه ، فأقامَ الورثةُ بَيِّنَةً به ، فهل تُسْمَعُ بَيِّنَتُهم ؟ على وَجْهَيْن .

٢٩٦٨ – مسألة : (وله إصابَةُ مُدَبَّرَتِه ، فإن أوْلَدَها بَطَلَ تَدْبيرُها)

الإنصاف **تنبيه** : ظاهِرُ قوْلِه : وله إصابَةُ مُدَبَّرَتِه . أنَّه سواءٌ شرَطَه أوْ لا . وهو صحيحٌ ، نصَّ عليه ، ولا أعلمُ فيه خِلافًا . ويجوزُ له وَطْءُ ابْنتِها ، إنْ لم يكُنْ وَطِئَ أُمَّها ،

---

(١) فى م : « فما » .

(٢) فى الأصل : « منعهم » .

الشرح الكبير

يباحُ وَطْءُ أمَتِه المُدَبَّرَةِ . وقد رُوِىَ عن ابنِ عمرَ ، أنَّه دَبَّرَ أمَتَيْن ، وكان يَطَؤُهما[1] . ومِمَّن رأى [٢٦/٦ ظ] ذلك ابنُ عباسٍ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وعطاءٌ ، والنَّخعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، ومالكٌ ، واللَّيْثُ ، والأوْزَاعِىُّ ، والشافعىُّ . قال أحمدُ : لا أعْلَمُ أحدًا كَرِهَ ذلك غيرَ الزُّهْرِىِّ . وحُكِىَ عن الأوْزَاعِىِّ ، أنَّه كان يقولُ : إن كان يطؤُها قبلَ تَدْبيرِها فلا بأْسَ بوَطْئِهَا بعدَه ، وإن كان لا يَطَؤُها قبلَه لم يَطَأْها بعدَ التَّدْبيرِ . ولَنا ، أنَّها مَمْلوكَتُه ، لم تَشْتَرِ نَفْسَها منه ، فحلَّ له وَطْؤُها ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾[2] . وقياسًا على أُمِّ الوَلَدِ .

فصل : وابنةُ المُدَبَّرَةِ مِثْلُها فى حِلِّ وَطْئِها ، إن لم يكنْ وَطِئَ أمَّها . وعنه ، ليس له وَطْؤُها ؛ لأنَّ حَقَّ الحُرِّيةِ ثَبَت لها تَبَعًا ، أشْبَهَ وَلَدَ المُكاتَبَةِ . ولَنا ، أنَّ مِلْكَ سَيِّدِها تامٌّ فيها ، فحَلَّ له وَطْؤُها ؛ للآيَةِ ، وكأُمِّها . واسْتِحْقاقُها الحُرِّيَةَ لا يَزِيدُ على اسْتِحْقاقِ أُمِّها ، ولم يَمْنَعْ ذلك وَطْأَها . وأمَّا وَلَدُ المُكاتَبَةِ ، فأُلْحِقَتْ بأُمِّها ، وأُمُّها يَحْرمُ وَطْؤُها ، فكذلك

الإنصاف

على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفائقِ » : فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وعنه ، لا يجوزُ .

(١) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب مس الرجل وليدته إذا دبرها ، من كتاب المدبر . الموطأ ٢/ ٨١٤ . والبيهقى ، فى : باب وطء المدبرة ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ١٠/ ٣١٥ . وعبد الرزاق ، فى : باب الرجل يطأ مدبرته ، من كتاب المدبر . المصنف ٩/ ١٤٧ .

(٢) سورة المؤمنون ٦ ، سورة المعارج ٣٠ .

المقنع وَإِنْ كَاتَبَ الْمُدَبَّرَ ، أَوْ دَبَّرَ الْمُكَاتَبَ ، جَازَ .

الشرح الكبير ابْنَتُها ، وأُمُّ هذه يَحِلُّ وَطْؤُها ، فيَجِبُ إلْحاقُها بها . وكلامُ أحمدَ مَحْمولٌ على أنَّه وَطِئَ أمَّها .

فصل : فإن أولَدَها بَطَلَ تَدْبيرُها ؛ لأنَّ مُقْتَضَى التَّدْبيرِ العِتْقُ مِن الثُّلُثِ بعدَ الموتِ ، والاسْتِيلادُ يَقْتَضِى ذلك ، مع تأكُّدِه وقُوَّتِه ، فإنَّها تَعْتِقُ مِن رأسِ المالِ ، وإن لم يَمْلِكْ غيرَها . ولا يَمْنَعُ الدَّيْنُ عِتْقَها ، فوَجَبَ أن يَبْطُلَ به التَّدْبيرُ ، كمِلْكِ الرَّقَبَةِ إذا طرأ على مِلْكِ النِّكاحِ ، أبْطَلَه .

٢٩٦٩ - مسألة : (وإن كاتَبَ المُدَبَّرَ ، أو دَبَّرَ المُكاتَبَ ، جاز) أما تَدْبيرُ المُكاتَبِ ، فهو صَحِيحٌ ، لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّه تَعْلِيقٌ لعِتْقِه بصِفَةٍ ، وهو يَمْلِكُ إعْتاقَه ، فيَمْلِكُ التَّعْلِيقَ . وإن كان وَصِيَّةً ، فهو وَصِيَّةٌ بما يَمْلِكُ وهو الإعْتاقُ . وتَصِحُّ كِتابةُ المُدَبَّرِ . نصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ ابنِ مسعودٍ ، وأبى هُرَيْرَةَ ، والحسنِ . ولَفظُ حَديثِ أبى هُرَيْرَةَ ، عن مُجاهِدٍ ، قال[1] : دَبَّرَتِ امرأةٌ مِن قُرَيْشٍ خادمًا لها ، ثم أرادت أن تكاتِبَه ، قال : فكنتُ[2] الرَّسولَ إلى أبى هُرَيْرَةَ ، فقال : كاتِبيه[3] ، فإن

الإنصاف قوله : وإذا كاتَبَ المُدَبَّرَ ، أوْ دَبَّرَ المُكاتَبَ ، جازَ . بلا نِزاعٍ . لكِنْ لو كاتَبَ المُدَبَّرَ ، فهل يكونُ رُجوعًا عن التَّدْبيرِ ؟ إنْ قُلْنا : التَّدْبيرُ عِتْقٌ بصِفَةٍ . لم يكُنْ رُجوعًا . وإنْ قُلْنا : هو وَصِيَّةٌ . انْبَنَى على أنَّ كِتابةَ المُوصَى به ، هل تكونُ رُجوعًا ؟

(١) فى الأصل : « فإن » .
(٢) فى الأصل : « فكتب » .
(٣) فى الأصل : « كاتبه » .

الشرح الكبير

أدَّى كِتابَتَه فذاك ، وإن حَدَثَ بكِ حَدَثٌ عَتَقَ . قال : وأُراه قال : ما كان عليه له[1] . ولأنَّ التَّدْبيرَ إن كان عِتْقًا بصِفَةٍ ، لم يَمْنَعِ الكِتابَةَ ، كالذى عَلَّقَ عِتْقَه بدُخُولِ الدارِ . وإن كان وَصِيَّةً ، لم يَمْنَعْها ، كما لو وَصَّى بعِتْقِه ثم كاتَبَه . ولأنَّ التَّدْبيرَ والكِتابةَ سَبَبان للعِتْقِ ، فلم يَمْنَعْ أحَدُهما الآخَرَ ، كتَدْبيرِ المُكاتَبِ . وذكر القاضى أنَّ التَّدْبيرَ يَبْطُلُ[2] بالكِتابةِ ، إذا قُلْنا : هو وَصِيَّةٌ . كما لو وَصَّى به لرجلٍ ثم كاتَبَه . وهذا يُخالِفُ ظاهِرَ كلامِ أحمدَ ، وهو غيرُ صَحِيحٍ فى نَفْسِه . ويُفارِقُ التَّدْبيرُ الوَصِيَّةَ به لرجُلٍ ؛ لأنَّ مَقْصُودَ الكِتابةِ والتَّدْبيرِ لا يَتَنافَيان ، إذ كان المقصودُ منهما جميعًا العِتْقَ ، فإذا اجْتَمَعا كانا آكَدَ لحُصُولِه ، فإنَّه متى فات عِتْقُه بأحَدِهما حَصَل بالآخَرِ ، وأيُّهما وُجِدَ قبلَ صاحِبِه حَصَل العِتْقُ به ، ومَقْصُودُ الوَصِيَّةِ به والكِتابةِ يَتنافيان ؛ لأنَّ الكِتابَةَ تُرادُ للعِتْقِ ، والوَصِيَّةَ تُرادُ [٦/٢٧ و] لحُصُولِ المِلْكِ فيه للمُوصَى له ، ولا يَجْتَمِعان .

الإنصاف

فيه وَجهان ؛ أشْهَرُهما ، أنَّهُ رُجوعٌ . والمَشْهورُ فى المذهبِ ، أنَّ كِتابةَ المُدَبَّرِ ليستْ رُجوعًا عن تَدْبيرِه . ونقلَ ابنُ الحَكَمِ ، عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، ما يدُلُّ على أنَّه رُجوعٌ ؛ بِناءً على أنَّ التَّدْبيرَ وَصِيَّةٌ ، فتبْطُلُ بالكِتابَةِ .

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب المدبر يجنى ... ، من كتاب المدبر . السنن الكبرى ١٠/٣١٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الرجل يكاتب مدبره ... ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٦/٣٧٥ .

(٢) فى الأصل : « مبطل » .

المقنع

فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ ، وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ عَتَقَ ، إِنْ حَمَلَ الثُّلُثُ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَسَقَطَ مِنَ الْكِتَابَةِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ ، وَهُوَ عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ .

الشرح الكبير

٢٩٧٠ – مسألة : (فإن أدَّى عَتَقَ) بالكِتابةِ ، وبَطَلَ التَّدْبيرُ (وإن مات سيدُه قبلَ الأداءِ عَتَقَ ، إن حَمَلَ الثُّلُثُ ما بَقِيَ مِن كِتابتِهِ) وبَطَلَت الكِتابةُ ، وإن لم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ (عَتَقَ منه بقَدْرِ الثُّلُثِ ، وسَقَط مِن الكِتابةِ بقَدْرِ ما عَتَقَ) منه وكان (على الكِتابةِ فيما بَقِيَ) .

فصل : ومتى عَتَق بالتَّدْبيرِ ، كان ما فى يَدِه لسيدِه ؛ لأنَّه كان له قَبْلَ العِتْقِ ، فيكُونُ له بعدَ العِتْقِ ، كما لو لم يكنْ مُكاتبًا وبَطَلَتِ الكِتابةُ . ذكره أصحابُنا . ومذهبُ الشافعيِّ ، أنَّ ما فى يدِه له إذا لم يكنْ عَجَزَ . قال شيخُنا : وعندى أنَّه يَنْبَغِى أن يَعْتِقَ ويَتْبَعَه وَلَدُه وأكسابُه[1] ؛ لأنَّ السيدَ لا يَمْلِكُ إبْطالَ كِتابَتِه ؛ لكونِها عقْدًا لازمًا مِن جهَتِه ، وإنَّما يَمْلِكُ إسْقاطَ حَقِّه عليه . فأمَّا ما يَسْتَحِقُّه المُكاتَبُ مِن أولادِه وأكْسابِه ، فلا يَتَمَكَّنُ السيدُ مِن أخْذِه ، ويَصِيرُ كما لو أبْرأه مِن مالِ الكِتابةِ . ويَحْتَمِلُ أن يُريدوا[2] بالبُطْلانِ زوالَ العَقْدِ دُونَ سُقُوطِ أحْكامِه . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

قوله : فإنْ أدَّىٰ عتق ، وإنْ ماتَ سَيِّدُه قبلَ الأداءِ عتق ، إنْ حمَل الثُّلُثُ ما بَقِيَ مِن كِتابَتِه ، وإلَّا عتق منه قَدْرُ الثُّلُثِ ، وسقَط مِنَ الكتابَةِ بقَدْرِ ما عتق ، وهو على

---

(١) فى الأصل : « اكتسابه » .

(٢) فى م : « يريد » .

المقنع

وَإِذَا دَبَّرَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ لَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وَإِنْ أَعْتَقَ شَرِيكُهُ سَرَى إِلَى الْمُدَبَّرِ ، وَغَرِمَ قِيمَتَهُ لِسَيِّدِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَسْرِيَ

الشرح الكبير

٢٩٧١ – مسألة : (وإذا دَبَّرَ شِرْكًا له فى عبدٍ لم يَسْرِ إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ، وإن أعْتَقَ شَرِيكُه سَرَى إلى المُدَبَّرِ ، وغَرِمَ قِيمَتَه لسيدِه .

الإنصاف

الكِتابَةِ فيما بَقِىَ . مُقْتَضَى قوْلِه : إنْ حمَل الثُّلُثُ ما بَقِىَ مِنَ الكتابَةِ . أنَّ المُعْتَبَرَ فى خُروجِه مِنَ الثُّلُثِ ، هو ما بَقِىَ عليه مِنَ الكِتابَةِ . وهو مُقْتَضَى كلامِ الخِرَقِىِّ ، وكلامِه فى « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » . ومُقْتَضَى كلامِه فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم ، اعْتِبارُ قِيمَتِه مُدَبَّرًا ، وجزَمُوا به . وصحَّحه فى « الرِّعايتَيْن » .

فائدة : لو عتَق بالكِتابَةِ ، كان ما فى يَدِه له ، ولو عتَق بالتَّدْبيرِ ، مع العَجْزِ عن أداءِ مالِ الكِتابَةِ ، كان ما فى يَدِه للوَرَثَةِ . وإنْ ماتَ [١٤٦/٣و] السَّيِّدُ قبلَ العَجْزِ وأداءِ جميعِ الكِتابَةِ ، عتَق بالتَّدْبيرِ ، وما فى يَدِه له ، عندَ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وابنِ حَمْدانَ ، وغيرِهم . وقيل : للوَرَثَةِ . وحكاه المُصَنِّفُ عنِ الأصحابِ . وهو المذهبُ . ويأْتِى نظيرُ ذلك إذا أوْلَدَ المُكاتَبَةَ ، فى بابِ الكِتابَةِ .

فائدة : لو أوْلَدَ أمَتَه ثم كاتَبَها ، أو كاتَبَها ثم أوْلَدَها ، جازَ ، لكِنْ تعْتِقُ بمَوْتِه مُطْلَقًا . ولو دَبَّرَ أُمَّ وَلَدِه ، لم يصِحَّ ؛ إذْ لا فائدَةَ فيه . وهذا المذهبُ . واخْتارَ ابنُ حَمْدانَ الصِّحَّةَ إنْ جازَ بَيْعُها وقُلْنا : التَّدْبيرُ عِتْقٌ بصِفَةٍ .

قوله : وإذا دَبَّرَ شِرْكًا له فى عَبْدٍ ، لم يسْرِ إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ، وإنْ أعْتَقَ شَرِيكُه ، سرَى إلى المُدَبَّرِ . وعنه ، وغَرِمَ قِيمَتَه لسَيِّدِه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ .

المقنع فِى الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِى .

الشرح الكبير ويَحْتَمِلُ أن يَسْرِىَ فى الأَوَّلِ دُونَ الثانى) وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا دَبَّرَ أحدُ الشَّرِيكَيْن نَصِيبَه ، لم يَسْرِ التَّدْبيرُ إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ، مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ وجْهًا ، أنَّه يَسْرِى تَدْبِيرُه إذا كان مُوسِرًا ، ويُقَوَّمُ عليه نَصِيبُ شَرِيكِه . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ العِتقَ بمَوْتِ سيدِه ، فسرَى ذلك فيه ، كالاسْتِيلادِ . وللشافعىِّ قولانِ ، كالمَذْهَبَيْن . ولَنا ، أنَّه تَعْلِيقٌ للعِتْقِ بصِفَةٍ فلم يَسْرِ ، كتَعْلِيقِه بدُخُولِ الدارِ ، ويفارِقُ الاسْتِيلادَ ، فإنَّه آكَدُ ، ولهذا يَعْتِقُ مِن جميعِ المالِ ، ولو قَتَلَت سيدَها لم يَبْطُلْ حُكْمُ اسْتِيلادِها ، والمُدَبَّرُ بخِلافِ ذلك . فعلى هذا ، إن مات المُدَبِّرُ عَتَقَ نَصِيبُه إن خَرَجَ مِن الثُّلُثِ ، وهل يَسْرِى إلى نَصِيبِ شَرِيكِه إن كان مُوسِرًا ؟ فيه روايتان ، ذَكَرْناهما فى كتابِ العِتْقِ(١) . فإنْ أعْتَقَ الشَّرِيكُ نَصِيبَه قبلَ موتِ السيدِ وهو مُوسِرٌ ، عَتَقَ وسَرَى إلى نَصِيبِ المُدَبِّرِ . وذَكَرَ القاضى ، وأبو الخَطَّابِ فيه(٢) وَجْهَيْن . وللشافعىِّ فيها قولان ؛ أحدُهما ، كقولِنا . والثانى ، لا يَسْرِى عِتْقُه . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ فى(٣) المُدَبَّرِ قد انْعَقَدَ له(٤) سَبَبُ الوَلاءِ على العَبْدِ ، فلم يكُنْ للآخرِ

الإنصاف وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . ويَحْتَمِلُ أنْ يَسْرِىَ فى الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِى . فعلى هذا ، يصِيرُ مُدَبَّرًا كُلُّه ، ويضْمَنُ حِصَّةَ شَرِيكِه بقِيمَتِها .

(١) انظر ما تقدم فى صفحة ٢٩ .

(٢) فى الأصل : « فيها » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : م .

الشرح الكبير

إبْطالُه . ولَنا ، حَدِيثُ ابنِ عمرَ الذى ذَكَرْناه فى سِرايَةِ العِتْقِ إلى نَصِيبِ الشَّرِيكِ إذا كان مُوسِرًا[1] ، ولأنَّه إذا سَرَى إلى إبْطالِ المِلْكِ الذى هو آكَدُ مِن الوَلاءِ ، فالوَلاءُ أوْلَى ، وما ذكَرُوه لا أصْلَ له ، ويَبْطُلُ بما إذا علَّق عِتْقَ نَصِيبه بصِفَةٍ[2] .

فصل : إذا دَبَّر كلُّ واحدٍ مِن الشَّرِيكَيْن نَصِيبَه ، فمات أحَدُهما ، عَتَقَ نَصِيبُه ، وبَقِىَ نَصِيبُ الآخَرِ على التَّدْبِيرِ إن لم يَفِ ثُلُثُه بقِيمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِه ، وإن كان يَفِى به ، فهل يَسْرِى ؟ على رِوايَتَيْن ، ذكرناهما . وإن قال كلُّ واحدٍ منهما : إذا [٢٧/٦ ظ] مِتْنا فأنتَ حُرٌّ . فقال أبو بكرٍ : قال أحمدُ : إذا مات أحَدُهما فنَصِيبُه حُرٌّ . فظاهِرُ هذا أنَّ أحمدَ جَعَلَ هذا اللفظَ تَدْبِيرًا مِن كلِّ واحدٍ منهما لنَصِيبه ، ومَعْناه : إذا مات كلُّ واحدٍ مِنَّا فنَصِيبُه حرٌّ ، فإنَّه قابَلَ الجُمْلَةَ بالجملةِ ، فيَنْصَرِفُ إلى مُقابَلةِ البعضِ بالبعضِ ؛ كقَولِه : رَكِبَ الناسُ دَوابَّهُمْ ولَبِسُوا ثِيابَهُم وأخَذُوا رِماحَهم . يُرِيدُ : لَبِسَ كلُّ إنْسانٍ ثَوْبَه ، ورَكِبَ دابَّتَه ، [3]وأخذ رمحه[3] . وكذلك لو قال : أعْتَقُوا عَبِيدَهم . كان معناه : أعْتَقَ كلُّ واحدٍ عَبْدَه . وقال القاضى : هذا تَعْلِيقٌ للحُرِّيَةِ بمَوتِهما جميعًا ، وإنَّما قال أحمدُ : يَعْتِقُ نَصِيبُه . بناءً

الإنصاف ....

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩ .
(٢) فى الأصل : « بنصفه » .
(٣ - ٣)سقط من : م .

الشرح الكبير

على أنَّ وُجودَ بعضِ الصِّفَةِ يقومُ مَقامَ جَميعِها . قال شيخُنا[1] : ولا يَصِحُّ هذا ؛ لأنَّه لو كانت هذه العِلَّةَ لعَتَقَ العَبْدُ كلُّه ؛ لوُجُودِ بعضِ صِفةِ كلِّ واحدٍ[2] منهما . وسَنُبَيِّنُ بُطلانَ[2] هذا القولِ بما نَذْكُرُ مِن بعدُ . ومُقْتَضَى قولِ القاضى أن لا يَعْتِقَ شىءٌ منه قبلَ موتِهما جميعًا .

فإن قال كلُّ واحدٍ منهما : أرَدْتُ أنَّ العَبْدَ حُرٌّ بعدَ آخِرِنا مَوتًا . انْبَنَى هذا على تَعْليقِ الحُرِّيةِ على صِفَةٍ تُوجَدُ بعدَ المَوتِ . وقد ذَكَرْنا الخِلافَ فى ذلك . فإن قُلْنا بجوازِ[3] ذلك عَتَقَ بعدَ مَوتِ الآخِرِ منهما عليهما جميعًا . وإن قُلْنا : لا يَصِحُّ . عَتَقَ نَصِيبُ الآخِرِ منهما بالتَّدْبيرِ . وفى سِرايَتِه إلى باقِيه إن كان ثُلُثُه يَحْتَمِلُ ذلك روايتان . وإن قال كلُّ واحدٍ منهما : إذا مِتُّ قبلَ شَرِيكى فنَصِيبى له ، فإذا مات فهو حُرٌّ ، وإن مِتُّ بعدَه ، فنَصِيبى حُرٌّ . فقد وَصَّى كلُّ واحدٍ منهما للآخرِ ، فإذا مات أحَدُهما صار العَبدُ كلُّه للآخرِ ، فإذا مات ، عَتَقَ كُلُّه عليه ، وصار وَلاؤُه له كلُّه ، إن قُلْنا : لا يَصِحُّ تَعْلِيقُ العِتْقِ على صِفَةٍ بعدَ الموتِ . وإن قُلْنا : يَصِحُّ . عَتَقَ عليهما ، ووَلاؤُه بينَهما .

(١) فى : المغنى ٤١٩/١٤ .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى م : « يجوز » .

المقنع

وَإِذَا أَسْلَمَ مُدَبَّرُ الْكَافِرِ لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، وَتُرِكَ فِي يَدِ عَدْلٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ ، وَمَا فَضَلَ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ أَعْوَزَ فَعَلَيْهِ تَمَامُهُ ، إِلَّا أَنْ يَرْجِعَ فِي التَّدْبِيرِ ، وَنَقُولَ بِصِحَّةِ رُجُوعِهِ ، فَيُجْبَرُ عَلَى بَيْعِهِ .

الشرح الكبير

٢٩٧٢ – مسألة : (وإذا أسْلَمَ مُدَبَّرُ الكافرِ لم يُقَرَّ فى يَدِه ، وتُرِكَ فى يَدِ عَدْلٍ يُنْفِقُ عليه مِن كَسْبِه ، وما فَضَلَ لسيدِه ، وإن أعْوَزَ فعَلَيْه تمامُه ، إلَّا أن يَرْجِعَ فى التَّدْبِيرِ ، ونقولَ بصِحَّةِ رُجُوعِه ، فيُجْبَرُ على بَيْعِه) وجملتُه ، أنَّه إذا أسْلَمَ مُدَبَّرُ الكافرِ أُمِرَ بإزالَةِ مِلْكِه عنه ، لئلَّا يَبْقَى الكافرُ مالِكًا لمسلمٍ ، كغيرِ المُدَبَّرِ إذا قُلْنا بجوازِ بَيْعِه . ويَحْتَمِلُ أن يُتْرَكَ فى يَدِ عَدْلٍ ، ويُنْفِقَ عليه مِن كَسْبِه ، فإن لم يكُنْ له كَسْبٌ أُجْبِرَ سيدُه على الإنْفاقِ عليه ؛ لأنَّه مِلْكُه . وبهذا[(١)] قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه ؛ بناءً على أنَّ المُدَبَّرَ لا يجوزُ بَيْعُه . ولأنَّ فى بَيْعِه إبطالَ سَبَبِ العِتْقِ ، فكان إبْقاؤُه أصْلَحَ ، فتعَيَّنَ[(٢)] ، كأُمِّ الوَلَدِ . فإن قُلْنا ببيْعِه ، فباعَه ، بَطَلَ تَدْبِيرُه . وإن قُلْنا : يُتْرَكُ فى يَدِ عَدْلٍ . فإنَّه يَسْتَنِيبُ مَن يَتَوَلَّى اسْتِعْمالَه واسْتِكْسابَه[(٣)] ، ويُنْفِقُ عليه مِن كَسْبِه ، وما فَضَلَ فلسيدِه ، وإن لم يَفِ

الإنصاف

قوله : وإذا أسْلَمَ مُدَبَّرُ الكافرِ لم يُقَرَّ فى يَدِه ، وتُرِكَ فى يَدِ عَدْلٍ يُنْفِقُ عليه مِن كَسْبِه ، وما فضَل فلسَيِّدِه ، وإنْ أعْوَزَ فعليه تمامُه ، إلَّا أنْ يرْجِعَ فى التَّدْبيرِ ، ونقُولَ بصِحَّةِ رُجُوعِه . اعلمْ أنَّه إذا أسْلَمَ مُدَبَّرُ الكافرِ ، فجزَم المُصَنِّفُ هنا ، أنَّه

---

(١) فى م : « به » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « اكتسابه » .

الشرح الكبير

كَسْبُه بنفقتِه فالباقى على سيدِه . وإنِ اتَّفقَ هو وسيدُه على المُخارَجةِ جاز ، ويُنْفِقُ على نَفسِه ممَّا فَضَل مِن كَسْبِه . فإذا مات سيدُه عَتَق إن خَرَجَ مِن الثُّلُثِ ، وإلَّا عَتَقَ منه بقَدْرِ الثُّلُثِ ، وبِيعَ الباقِى على الوَرَثَةِ إن كانوا كُفَّارًا ، وإن أسلموا بعدَ المَوتِ ، تُرِكَ ، فإن رجَع سيدُه فى تَدْبيرِه ، [٢٨/٦ و] وقُلْنا : يَصِحُّ[1] رُجُوعُه . بِيعَ عليه . وإن كان المُدَبَّرُ مُسْتأْمَنًا ، فأرادَ الرُّجُوعَ به إلى دارِ الحَربِ ، و لم يكن أسلمَ ، لم نَمْنَعْه منه . وإن كان قد أسلمَ ، مُنِعَ ؛ لأنَّنا نَحُولُ بينَه وبينَه فى دارِ الإسْلامِ ، فأوْلَى أن يُمْنَعَ مِن التَّمَكُّنِ منه فى دارِ الحربِ .

الإنصاف

لا يُلْزَمُ بإزالَةِ مِلْكِه إذا اسْتَدامَ تدْبيرَه ، لكِنْ لا يُقَرُّ فى يَدِه ، ويُتْرَكُ فى يَدِ عَدْلٍ . وهو أحدُ الوَجْهَيْن ، وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ »، و « الهِدايَةِ »، و « المُذْهَبِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و «الخُلاصةِ»، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقدَّمه ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، و « الرِّعايتَيْن » . والوَجْهُ الثَّانى ، أنَّه يُلزَمُ بإزالَةِ مِلْكِه عنه ، فإنْ أَبَى ، بِيعَ عليه . وهو المذهبُ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وتقدَّم فى آخِرِ كتابِ البَيْعِ ، إذا أسْلَمَ عَبْدُ الكافِرِ القِنُّ ، وأحْكامُه .

فائدة : لو أسْلَم مُكاتَبُ الكافِرِ ، لَزِمَه إزالَةُ يَدِه عنه ، فإنْ أَبَى ، بِيعَ عليه بلا خِلافٍ . وإنْ أسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِه ، لم تُقَرَّ فى يَدِه ، وجُعِلَتْ عندَ عَدْلٍ يُنْفِقُ عليها مِن كَسْبِها ، وإنْ أَعْوَزَ ، لَزِمَ السَّيِّدَ تَمامُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وإنْ أسْلَمَ ،

---

(١) فى م : « بصحة » .

المقنع

وَمَنْ أَنْكَرَ التَّدْبِيرَ ، لَمْ يُحْكَمْ عَلَيْهِ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ . وَهَلْ يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِشَاهِدٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، أَوْ شَاهِدٍ وَيَمِينِ الْعَبْدِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٩٧٣ - مسألة : (ومَن أنْكَرَ التَّدْبيرَ ، لم يُحْكَمْ عليه إلَّا بشاهِدَيْن . وهل يُحْكَمُ بشاهِدٍ وامْرَأتَيْن ، أو شاهِدٍ ويَمِينِ العبدِ ؟ على روايتين) إذا ادَّعَى العَبدُ على سَيِّدِه أنَّه دَبَّره ، صَحَّتْ دَعْواه ؛ لأنَّه يَدَّعِي اسْتِحْقاقَ العِتْقِ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَصِحَّ الدَّعْوَى ؛ لأنَّ السيِّدَ إذا أنْكَرَ التَّدْبيرَ ، كان بمَنْزِلَةِ إنْكارِ الوَصِيَّةِ ، وإنْكارُ الوَصِيَّةِ رُجُوعٌ عنها ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ، فيكونُ إنْكارُ التَّدْبيرِ رُجُوعًا عنه ، والرُّجُوعُ عنه يُبْطِلُه ، فى إحْدَى الروايتين . والصَّحِيحُ أنَّ الدَّعْوَى صَحِيحَةٌ ؛ لأنَّ الرُّجُوعَ عن

الإنصاف

حلَّتْ له . وعنه ، لا تلْزَمُه نفقَتُها . وعنه ، تُسْتَسْعَى فى قِيمَتِها ثم تَعْتِقُ . ونقَل مُهَنَّا ، تَعْتِقُ بإسْلامِها . وتأْتِى هذه المَسْأَلَةُ بعَيْنِها فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى أواخِرِ بابِ أحْكامِ أُمَّهاتِ الأَوْلادِ ، وكذا لو أسْلَمَتْ مُدَبَّرَتُه ، مُسْتَوْفاةً مُحَرَّرَةً .

قوله : ومَن أنْكَرَ التَّدْبيرَ ، لم يُحْكَمْ عليه إلَّا بشاهِدَيْن ، وهل يُحْكَمُ عليه بشاهِدٍ وامْرأَتَيْن ، أوْ بشاهِدٍ ويَمِينِ العَبْدِ ؟ على رِوايَتَيْن . وأطْلَقَهما الزَّرْكَشِيُّ ، و« الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ؛ إحْداهما ، يُحْكَمُ عليه بذلك . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّصْحيحِ » ، والنَّاظِمُ . وجزَم به الخِرَقِىُّ ، و« الوَجيزِ » ، وناظِمُ « المُفْرَداتِ » ، وغيرُهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وكذا الحُكْمُ فى الكِتابَةِ . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، لا يُحْكَمُ عليه إلَّا بشاهِدَيْن ذَكَرَيْن .

الشرح الكبير

التَّدْبِيرِ لا يُبْطِلُه ، فى الصَّحِيحِ مِن المذْهَبِ . ولو أبْطَلَه ، فما ثَبَتَ كَوْنُ الإنْكارِ رُجُوعًا ، ولو ثَبَتَ ذلك ، فلا يَتعَيَّنُ الإنْكارُ جوابًا للدَّعْوَى ؛ فإنَّه يجُوزُ أن يُقِرَّ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإن أقَرَّ السيدُ فلا كَلامَ ، وإن أنْكَرَ و لم تكُنْ للعبدِ بَيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُ السيدِ مع يَمينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُه . فإن كانت للعَبْدِ بَيِّنَةٌ حُكِمَ بها ، ويُقْبَلُ فيها شاهدان عَدْلان ، بغيرِ خِلافٍ . فإن لم يكُنْ إلَّا شاهِدٌ واحدٌ ، وقال : أنا أحْلِفُ معه . أو شاهدٌ وامْرأتان ، لم يُحْكَمْ له به ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ الثابتَ به الحُرِّيةُ ، وكمالُ الأحْكامِ ، وهذا ليس بمالٍ ، ولا المَقْصُودُ منه المالُ ، ويَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ فى غالبِ الأحْوالِ ، فأشْبَهَ النِّكاحَ والطَّلاقَ . والثانيةُ ، يَثْبُتُ بذلك ؛ لأنَّه لَفْظٌ يَزُولُ به مِلْكُه عن مَمْلُوكِه ، فأشْبَهَ البَيْعَ . وهذا أجْوَدُ ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ إنَّما تُرادُ لإثْباتِ الحُكْمِ على المَشْهُودِ عليه ، وهو فى حَقِّه إزالةُ مِلْكِه عن مالِه ، فيَثْبُتُ بهذا . وإن حَصَلَ به غَرَضٌ آخَرُ للمَشْهُودِ له ، فلا يَمْنَعُ ذلك مِن ثُبُوتِه بهذه البَيِّنَةِ . ولأنَّ العِتقَ ممَّا يُتَشَوَّفُ إليه ، ويَنْبَنِى على التَّغْلِيبِ والسِّرايةِ ، فيَنْبَغِى أن يُسَهَّلَ طريقُ إثْباتِه . وإن كان الاختلافُ بينَ العبدِ ووَرَثَةِ السيدِ بعدَ موتِه ، فهو كما لو كان الاختلافُ[1]

الإنصاف

ويأْتِى ذلك فى أحْكامِ الشُّهودِ به . وتقدَّم فى الفوائدِ ، هل يكونُ إنْكارُه رُجوعًا أمْ لا ؟ فإنْ قُلْنا : إنَّه رُجوعٌ . لم تُسْمَعْ دَعْواه ولا بَيِّنتُه .

(١) فى الأصل : « الخلاف » .

الشرح الكبير

مع السيدِ ، إلَّا أنَّ الدَّعْوَى صَحِيحةٌ بغيرِ خِلافٍ ؛ لأنَّهم لا يَمْلِكُونَ الرُّجُوعَ ، وأيْمانُهم على نَفْىِ العِلْمِ ؛ لأنَّ الخِلافَ فى فِعْلِ مَوْرُوثِهم ، وأيْمانُهُم على نَفْىِ فِعْلِه . وتَجِبُ اليَمينُ على كُلِّ واحدٍ مِن الوَرَثَةِ ، ومَن نكَل منهم عَتَقَ نَصِيبُه و لم يَسْرِ إلى باقِيه ، وكذلك إن أقَرَّ ؛ لأنَّ إعْتاقَه بفِعْلِ المَوْرُوثِ ، لا بفِعْلِ المُقِرِّ ولا النَّاكِلِ .

فصل : إذا دَبَّرَ عبدَه ومات ، وله مالٌ سِواه يَفِى بثُلُثَىْ مالِه ، إلَّا أنَّه غائِبٌ ، أو دَيْنٌ فى ذِمَّةِ إنْسانٍ ، لم يَعْتِقْ مِن المُدَبَّرِ إلَّا ثُلُثُه ؛ لجوازِ أن يَتْلَفَ الغائِبُ ، أو يَتَعَذَّرَ اسْتِيفاءُ الدَّيْنِ ، فيكونُ العبدُ جَمِيعَ التَّرِكَةِ ، وهو شَرِيكُ الوَرَثَةِ فيها ، له ثُلُثُها ولهم ثُلُثاها ، فلا يجوزُ أن يَحْصُلَ على جَمِيعِها ، لكِنَّه يَسْتَحِقُّ عِتْقَ ثُلُثِه [٢٨/٦ ظ] ويَبْقَى ثُلُثاه مَوْقُوفًا[1] ؛ لأنَّ ثُلُثَه حُرٌّ على كلِّ حالٍ ؛ لأنَّ أسْوَأَ[2] الأحْوالِ أن لا يَحْصُلَ مِن سائرِ المالِ شىءٌ ، فيكونُ العبدُ جَمِيعَ التَّرِكَةِ ، فيَعْتِقَ ثُلُثُه ، وفى ذلك خِلافٌ ذَكَرْناه فى بابِ المُوصَى به ، فيما إذا وَصَّى له بمُعَيَّنٍ ، و لم يكُنْ له سِوَى المعَيَّنِ إلَّا مالٌ غائبٌ ، أو دَيْنٌ ، وهذا مثلُه فى اعْتِبارِه مِن الثُّلُثِ . إذا ثَبَتَ هذا فإنَّ العبدَ إذا عَتَقَ كلُّه بقُدُومِ الغائِبِ ، أو اسْتِيفاءِ الدَّيْنِ ، تَبَيَّنَّا أنَّه كان حُرًّا حينَ الموتِ ، فيكُونُ كَسْبُه له ؛ لأنه إنَّما عَتَقَ بالتَّدْبيرِ ووُجُودِ الشَّرْطِ الذى عَلَّقَ عليه السيدُ حُرِّيَتَه ، وهو الموتُ ، وإنَّما أوْقَفْناه للشَّكِّ فى خُرُوجِه

الإنصاف ....

(١) فى م : « موقوفين » .

(٢) فى الأصل : « استواء » .

الشرح الكبير

مِنَ الثُّلُثِ ، فإذا زال الشَّكُّ تَبَيَّنَّا أَنَّه كان حاصِلًا قبلَ زوالِ الشَّكِّ . وإن تَلِفَ المالُ تَبَيَّنَّا أَنَّه كان ثُلُثاه رَقِيقًا ، و لم يَعْتِقْ منه سِوَى ثُلُثِه . وإن تَلِفَ بعضُ المالِ رَقَّ مِن المُدَبَّرِ ما زاد على قَدْرِ ثُلُثِ الحاصِلِ مِن المالِ .

فصل : فإن دَبَّرَ عبدين ، وله دَيْنٌ يَخْرُجان مِن ثُلُثِ المالِ إذا حَصَلَ ، أَقْرَعْنا بَيْنَهما ، فيَعْتِقُ ممَّن تَخْرُجُ له القُرْعَةُ قَدْرُ ثُلُثِهما وكان باقِيه والعبدُ[1] الآخَرُ مَوْقُوفًا ، فإذا اسْتُوفِيَ مِن الدَّيْنِ شيءٌ ، كُمِّلَ مِن عِتْقِ مَن وَقَعَتْ له القُرْعَةُ قَدْرُ ثُلُثِه ، وما فَضَلَ عَتَقَ مِنَ الآخَرِ ، كذلك حتى يَعْتِقا جميعًا أو مِقْدارُ الثُّلُثِ منهما . فإن تَعَذَّرَ اسْتِيفاءُ الدَّيْنِ ، لم يَزِدِ العِتْقُ على مِقْدارِ ثُلُثِهما . فإن خَرَجَ الذى[2] وَقَعَتْ له القُرْعَةُ مُسْتَحَقًّا بَطَلَ العِتْقُ فيه ، وعَتَقَ مِن الآخَرِ ثُلُثُه .

فصل : إذا دَبَّرَ عبدًا قِيمَتُه مائةٌ ، وله مائةٌ دَيْنًا ، عَتَقَ ثُلُثُه ورَقَّ ثُلُثُه ، ووَقَفَ ثُلُثُه على اسْتِيفاءِ الثُّلُثِ[3] الباقِى . وإن كانت له مائةٌ حاضرةٌ مع ذلك ، عَتَقَ مِن المُدَبَّرِ ثُلُثاه ، ووقَفَ [4]عِتْقُ ثُلُثِه[4] على اسْتِيفاءِ الدَّيْنِ .

فصل : وإن دَبَّرَ عبدَه ، وقِيمَتُه مائةٌ ، وله ابنانِ ، وله[3] مائتان دَيْنًا على أحَدِهما ، عَتَقَ مِن المُدَبَّرِ ثُلُثاه ؛ لأنَّ حِصَّةَ الذى عليه الدَّيْنُ منه

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « الدين » .

(٣) سقط من : م .

(٤ - ٤) فى م : « عتقه » .

الشرح الكبير

(1)كالمُسْتَوْفَى ، ويَسْقُطُ عن الذى عليه الدَّيْنُ منه(1) نِصْفُه ؛ لأنَّه قَدْرُ حِصَّتِه مِن المِيراثِ ، ويَبْقَى للآخرِ عليه مائةٌ ، كلما اسْتَوفَى منها شيئًا عَتَقَ قَدْرُ ثُلُثِه . فإن كانت المائتان دَيْنًا على الاثْنَيْن بالسَّوِيَّةِ عَتَقَ المُدَبَّرُ كلُّه ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما عليه قَدْرُ حَقِّه ، وقد حَصَلَ له ذلك بسُقوطِه مِن دَيْنِه .

فصل : إذا دَبَّرَ عبدًا قِيمَتُه مائةٌ ، وخَلَّفَ ابنين ومائتَىْ دِرْهمٍ دَيْنًا له على أحَدِهما ، ووَصَّى لرجلٍ بثُلثِ مالِه ، عَتَقَ مِن المُدَبَّرِ ثُلُثُه ، وسَقَطَ عن الغَريمِ مائةٌ ، وكان للوَصِيِّ سُدْسُ العبدِ ، وللابنِ ثُلُثُه ، ويَبْقَى سُدْسُ العبدِ مَوْقُوفًا ؛ لأنَّ الحاصِلَ مِن المالِ ثُلُثاه ، وهو العبدُ والمائةُ الساقِطةُ عن الغَريمِ ، وثُلُثُ ذلك مَقْسُومٌ بينَ المُدَبَّرِ والوَصِيِّ نِصْفَيْن ؛ فحِصَّةُ المُدَبَّرِ منه ثُلُثُه ، يَعْتِقُ فى الحالِ ، ويَبْقَى له (2)سُدْسٌ مَوْقُوفٌ(2) ، فكلَّما اقْتُضِىَ مِن المائةِ الباقيةِ شىءٌ عَتَقَ مِن المُدَبَّرِ قَدْرُ سُدْسِه ، ويكونُ المُسْتَوْفَى بينَ الابنِ والوَصِيِّ أثْلاثًا ، فإذا اسْتُوفِيَتْ كلُّها حَصَلَ للابنِ ثُلُثاها وثُلُثُ العبدِ [٢٩/٦ و] وهو قَدْرُ حَقِّه ، وكُمِّلَ للمُدَبَّرِ عِتْقُ نِصْفِه ، وحَصَلَ للوَصِيِّ ثُلُثُ المائةِ وسُدْسُ العبدِ ، وهو قَدْرُ حَقِّه . وإن كان الدَّيْنُ على أجْنَبِيٍّ ، لم يَعْتِقْ مِن المُدَبَّرِ إلَّا سُدْسُه ؛ لأنَّ الحاصِلَ مِن التَّرِكَةِ هو العبدُ ، وثُلُثُه بينَه وبينَ الوَصِيِّ الآخَرِ ، وللوَصِيِّ سُدْسُه ، ولكلِّ ابنٍ سُدْسُه ، ويَبْقَى

الإنصاف ....

(1 - 1) سقط من : الأصل .
(2 - 2) فى م : « سدسه موقوفًا » .

المقنع وَإِذَا قَتَلَ الْمُدَبَّرُ سَيِّدَهُ بَطَلَ تَدْبِيرُهُ .

الشرح الكبير ثُلُثُه مَوْقُوفًا ، فكلَّما اقْتُضِىَ مِن الدَّيْنِ شىءٌ عَتَقَ مِن المُدَبَّرِ قَدْرُ سُدْسِه ، وكان المُسْتَوْفَى بينَ الابنين والوَصِىِّ أسْداسًا ؛ للوَصِىِّ سُدْسُه ، ولهما خمسةُ أسْداسِه ، فيَحْصُلُ لكلِّ واحدٍ نِصْفُ المائةِ وثُلُثُها وسُدْسُ العَبْدِ ، وهو قَدْرُ حَقِّه ، ويَحْصُلُ للوَصِىِّ (١سُدْسُ المائتين و١) سُدْسُ العَبْدِ وهو قَدْرُ حَقِّه ، ويَعْتِقُ مِن المُدَبَّرِ نِصْفُه ، وهو قَدْرُ حَقِّه .

٢٩٧٤ – مسألة : (وإذا قَتَلَ المُدَبَّرُ سيدَه بَطَلَ تَدْبِيرُه) (١إنَّما بَطَلَ تَدْبِيرُه١) لأمْرَيْن ؛ أحدُهما ، أنَّه قَصَدَ اسْتِعْجالَ العِتْقِ بالقَتْلِ المُحَرَّمِ ، فعُوقِبَ بنَقِيضِ قَصْدِه ، وهو إبْطالُ التَّدْبِيرِ ، كمَنْعِ المِيراثِ بقَتْلِ المَوْرُوثِ . ولأنَّ العِتْقَ فائدةٌ تَحْصُلُ بالموتِ ، فتنتَفِى بالقَتلِ ، كالإرْثِ والوَصِيَّةِ . والثانى ، أنَّ التَّدْبيرَ وَصِيَّةٌ ، فيَبْطُلُ بالقَتْلِ ، كالوَصِيَّةِ بالمالِ . ولا يَلْزَمُ على هذا عِتْقُ أُمِّ الوَلَدِ ؛ لكَوْنِها آكَدَ ، فإنَّها صارَت

الإنصاف قوله : وإذا قتَل المُدَبَّرُ سَيِّدَه بطَل تدْبِيرُه . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم ؛ منهم المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، وغيرُهم . واخْتارَه القاضى وغيرُه . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الفُروعِ » ، فى بابِ المُوصَى له . وقيل : لا يبْطُلُ تدْبِيرُه ، فيَعْتِقَ . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فى آخِرِ أُمَّهاتِ الأوْلادِ . وقال فى « فَوائدِ القَواعِدِ » : فيه طَرِيقان ؛ أحدُهما ، بِناؤُه على الرِّوايتَيْن ، إنْ قُلْنا : هو

(١ – ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

بالاسْتِيلادِ بحالٍ لا يُمْكِنُ نَقْلُ المِلْكِ فيها ، ولذلك لم يَجُزْ بَيْعُها ، ولا هِبَتُها ، ولا رَهْنُها ، ولا الرُّجُوعُ عن ذلك بالقولِ[1] ، ولا غيرِه . والإِرْثُ نوعٌ مِن النَّقْلِ ، فلو لم تَعْتِقْ [2]بموتِ سَيدِها ، انْتَقَلَ[2] المِلْكُ فيها إلى الوارثِ ، ولا سَبيلَ إليه ، بخِلافِ المُدَبَّرِ ، ولأنَّ سَبَبَ حُرِّيَةِ أُمِّ الوَلَدِ الفِعْلُ والبَعْضِيَّةُ التى[3] حَصَلَتْ بينَها وبينَ سيدِها بواسِطَةِ وَلَدِها ، وهو آكَدُ مِن القولِ ، ولهذا نفَذَ اسْتِيلادُ المَجْنُونِ ، ولم يَنْفُذْ إعْتاقُه ولا تَدْبيرُه ، وسَرَى حُكْمُ اسْتِيلادِ المُعْسِرِ إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ، بخِلافِ الإِعْتاقِ ، وعَتَقَت مِن رأسِ المالِ . والتَّدْبيرُ لا يَنْفُذُ[4] إلَّا فى الثُّلُثِ ، ولا يَمْلِكُ الغُرَماءُ إبْطالَ عِتْقِها وإن كان سيدُها مُفلِسًا، بخِلافِ المُدَبَّرِ، ولا يَلْزَمُ [مِن][5] الحُكْمِ فى مَوْضِعٍ تأَكُّدُ الحُكْمِ فيما دُونَه، كما لم[6] يَلْزَمْ إلْحاقُه به فى

الإنصاف

عِتْقٌ بصِفَةٍ . عتَق ، وإنْ قُلْنا : وَصِيَّةٌ . لم يعْتِقْ . وهى طَرِيقَةُ ابن عَقِيلٍ ، وغيرِه . الطَّريقةُ الثَّانيةُ ، أنَّه لا يعْتِقُ على الرِّوايتَيْن . وهى طريقةُ القاضى ؛ لأنَّه لم يُعَلِّقْه على مَوْتِه بقَتْلِه إيَّاه . وقال فى « الفُروعِ » ، فى بابِ المُوصَى له : ولو قتَل الوَصِيُّ المُوصِيَ ، ولو خَطأً ، بَطَلَتْ ، ولا تبْطُلُ وَصِيَّتُه بعدَ جَرْحِه . وقال جماعَةٌ : فيهما رِوايَتان . ومِثْلُها التَّدْبيرُ ، فإنْ جُعِلَ عِتْقًا بصِفَةٍ ، فوَجْهان . انتهى .

(١) فى م : « القول » .
(٢ - ٢) فى الأصل : « لانتقل » .
(٣) فى م : « الذى » .
(٤) فى الأصل : « ينقل » .
(٥) زيادة من المغنى .
(٦) سقط من : م .

الشرح الكبير

هذه المَواضِعِ التى افْتَرَقَا فيها . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا فَرْقَ بينَ (١كَونِ القتلِ ١) عمدًا أو خَطأً ، كما لا فَرْقَ بينَ(٢) ذلك فى حِرْمانِ الإرْثِ ، وإبْطالِ وَصِيَّةِ القَاتِلِ .

فصل : فأمَّا سائِرُ جناياتِه غيرَ قتلِ سَيدِه ، فلا تُبْطِلُ تَدْبِيرَه ، لكن إن كانت جِنايةً مُوجِبَةً للمالِ أو للقِصاصِ ، فَعَفا الوَلِيُّ إلى المالِ ، تَعلَّقَ المالُ برَقَبتِه ، فمَن جَوَّزَ بَيْعَه جَعَلَ سيدَه بالْخِيارِ بينَ تَسْلِيمِه فيُباعُ فى الجِنايَةِ وبينَ فِدائِه ؛ فإن سَلَّمه فى الجِنايَةِ فبِيعَ فيها بَطَلَ تَدْبِيرُه ، وإن عاد إلى سيدِه عاد تَدْبِيرُه . وإنِ اخْتارَ فِداءَه وفَداهُ بما يُفْدَى به العبدُ(٣) ، فهو مُدَبَّرٌ بحالِه . ومَن لم يُجِزْ بَيْعَه أوْجَبَ فداءَه على سيدِه ، كأُمِّ الولَدِ . وإن كانتِ الجِنايَةُ مُوجِبَةً للقِصاصِ ، فاقْتُصَّ منه فى النَّفْسِ ، بَطَلَ تَدْبِيرُه . وإنِ اقْتُصَّ منه فى الطَّرْفِ [٢٩/٦ ظ] فهو مُدَبَّرٌ بحالِه . وإذا مات سيدُه بعدَ جِنايَتِه وقبلَ اسْتِيفائِها ، عَتَقَ على كلِّ حالٍ ، سواءٌ كانت مُوجِبَةً للمالِ أو للقِصاصِ ؛ لأنَّ صِفَةَ العِتْقِ وُجِدَتْ فيه ، فأشْبَهَ ما لو باشَرَه به . فإن كان(٣) الواجِبُ قِصاصًا ، اسْتُوفِىَ ، سواءٌ كانت جِنايَتُه على عبدٍ أو حُرٍّ ؛ لأنَّ القِصاصَ قد اسْتَقَرَّ وُجُوبُه عليه فى حالِ رِقِّه ، فلا يَسْقُطُ بحُدُوثِ الحُرِّيَةِ فيه . وإن كان الواجِبُ عليه مالًا فى رَقَبَتِه ، فُدِىَ بأقَلِّ الأمْرين مِن قِيمَتِه (٤أو أرْشِ ٤)

الإنصاف

(١ – ١) فى م : « كونه » .
(٢) فى م : « فى » .
(٣) سقط من : م .
(٤ – ٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

(١جنايَتِه . وإن جُنِىَ على المُدَبَّرِ ، فأرْشُ الجنايةِ لسيدِه . فإن كانت الجنايةُ على نَفْسِه ، وَجَبَت قِيمَتُه١) لسيدِه ، وبَطَلَ التَّدْبيرُ بهَلاكِه . فإن قِيلَ : فهلَّا جعَلْتُمْ قِيمَتَه قائمةً مَقامَه ، كالعبدِ المَرْهُونِ والمَوْقُوفِ ؟ قُلْنا : الفَرْقُ بينَهما مِن ثلاثةِ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، أنَّ كُلَّ واحدٍ مِن الوَقْفِ والرَّهْنِ لازِمٌ ، فتَعَلَّقَ الحقُّ ببَدَلِه ، والتَّدْبيرُ غيرُ لازمٍ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ إبْطالُه بالبَيْعِ وغيرِه ، فلم يتَعلَّقِ الحقُّ ببَدَلِه . الثانى ، أنَّ الحقَّ فى التَّدْبيرِ للمُدَبَّرِ ، فبَطَلَ حَقُّه بفَواتِ مُسْتَحِقِّه ، والبَدَلُ لا يَقومُ مَقامَه فى الاسْتِحقاقِ ، والحَقُّ فى الوَقْفِ للمَوْقُوفِ عليه ، وفى الرَّهْنِ للمُرْتَهِنِ ، وهو باقٍ ، فثَبَتَ حَقُّه فى بَدَلِ مَحَلِّ حَقِّه . الثالثُ ، أنَّ المُدَبَّرَ إنَّما ثَبَتَ حَقُّه بوُجُودِ موتِ سيدِه ، فإذا هَلَكَ قبلَ سيدِه فقد هَلَكَ قبلَ ثُبوتِ الحَقِّ له ، فلم يَكُنْ له بَدَلٌ ، بخِلافِ الرَّهْنِ والوَقْفِ ، فإنَّ الحَقَّ ثابتٌ فيهما ، فقامَ بدَلُهما مَقامَهما ، وبينَ الرَّهْنِ والمُدَبَّرِ فَرْقٌ رابعٌ ، وهو أنَّ الواجِبَ القِيمةُ ، ولا يُمْكِنُ وجودُ التَّدْبيرِ فيها ، ولا قِيامُها مَقامَ المُدَبَّرِ فيه . وإن أخَذَ عبدًا مكانَه ، فليس هو البَدَلَ ، إنَّما هو بَدَلُ القِيمَةِ ، بخِلافِ الرَّهْنِ ؛ فإنَّ القِيمَةَ يجوزُ أن تكونَ رَهْنًا . فإن قِيلَ : فهذا يَلْزَمُ عليه المَوْقُوفُ ، فإنَّه إذا قُتِلَ[٢] أُخِذَتْ قِيمَتُه فاشْتُرِىَ بها عبدٌ يكونُ وَقْفًا مكانَه . قُلْنا : قد حَصَلَ الفَرْقُ بينَ المُدَبَّرِ والرَّهْنِ من الوُجُوهِ الثَّلاثَةِ ، وكَوْنُه لا يَحْصُلُ الفَرْقُ بينَه وبينَ الوَقْفِ مِن هذا الوَجْهِ ، لا يَمْنَعُ أن يَحْصُلَ الفَرْقُ بينَه وبينَ الرَّهْنِ به . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف ....

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « قيل » .

المقنع

[١٩٥ظ] بَابُ الْكِتَابَةِ

وَهِىَ بَيْعُ الْعَبْدِ نَفْسَهُ بِمَالٍ فِى ذِمَّتِهِ .

الشرح الكبير

بابُ الكِتابَةِ

الكِتابَةُ : إعْتاقُ السيدِ عَبدَه على مالٍ (فى ذِمَّتِه) يُؤَدَّى مُؤَجَّلًا[١] فى نُجُومٍ . سُمِّيَتْ كِتابةً ؛ لأنَّ السيدَ يَكْتُبُ بينَه وبينَه كِتابًا بما اتَّفقا عليه . وقيل : سُمِّيَتْ كِتابةً مِن الكَتْبِ ، وهو الضَّمُّ ؛ لأنَّ المُكاتَبَ يَضُمُّ بعضَ النُّجُومِ إلى بعضٍ ، ومنه سُمِّىَ الخَرْزُ كِتابًا ؛ لأنَّه يُضَمُّ أحَدُ طَرَفَيْه إلى الآخَرِ بخَرْزِه . قال الحَرِيرىُّ[٢] :

وكاتِبِينَ وما خَطَّتْ أنامِلُهم ... حَرْفًا ولا قَرءُوا ما خُطَّ فى الكُتبِ

وقال ذو الرُّمَّةِ[٣] :

وَفْراءَ غَرْفِيَّةٍ أَثْأَى خَوارِزُها ... مُشَلْشِلٌ ضَيَّعَتْه بينَها الكُتَبُ[٤]

الإنصاف

بابُ الكِتابَةِ

قوله : وهى بَيْعُ العَبْدِ نَفْسَه بمالٍ فى ذِمَّتِه . زادَ غيرُه ، بعِوَضٍ مَعْلومٍ مُؤَجَّلٍ . ولَيْستِ الكِتابَةُ مُخالِفَةً للأصْلِ ؛ لأنَّ محَلَّها الذِّمَّةُ .

---

(١) سقط من : م .

(٢) القاسم بن على بن محمد البصرى ، صاحب المقامات ، ولد سنة ست وأربعين وأربعمائة ، وتوفى سنة ست عشرة وخمسمائة بالبصرة . وفيات الأعيان ٤/٦٣–٦٨ .

(٣) فى ديوانه : ١/١١ .

(٤) فى م : « وفراء عرفتة أنأى خوارزها مشلشل صنعته بينها الكتب » .

وفراء : واسعة . غرفية : دبغت بالغَرْفِ وهو شجر . أثأى خوارزها : الثأى أن تلتقى الخرزتان فتصيرا واحدة ، والخوارز : جمع خارزة وهى التى تخيط المزادة . المشلشل : الذى يكاد يتصل قَطْره . الكتب : الخرز .

الشرح الكبير

يَصِفُ قِرْبَةً يَسيلُ الماءُ مِن بين خُرَزِها . وسُمِّيَتِ الكَتِيبةُ كَتِيبةً ؛ لانْضِمامِ بعضِها إلى بعضٍ . والمُكاتَبُ يَضُمُّ (١)بعضَ نُجُومِه(١) إلى بَعْضٍ . والنُّجُومُ هٰهُنا الأوْقاتُ المُخْتَلِفةُ ؛ لأنَّ العربَ كانت لا تَعْرِفُ الحِسابَ . وإنَّما تَعرِفُ الأوْقاتَ بطُلُوعِ النُّجُومِ ، [٦/٣٠ و] كما قال بعضُهم(٢) :

إذا سُهَيْلٌ أوَّلَ اللَّيلِ طلَعْ
فابنُ اللَّبُونِ الحِقُّ والحِقُّ جَذَعْ(٣)

فسُمِّيَتِ الأوْقاتُ نُجُومًا . والأصْلُ فى الكِتابةِ الكِتابُ والسُّنَّةُ والإجْماعُ . أمَّا الكِتابُ ، فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَـٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾(٤) . وأمَّا السُّنَّةُ ، فرَوَى سعيدٌ ، عن سُفيانَ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن نَبْهانَ مَوْلَى أُمِّ سَلَمَةَ ، عن أُمِّ سَلمَةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ ، قال : « إذا كان لإحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، (٥)وكان عِنْدَه(٥) ما يُؤَدِّى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ » .

الإنصاف ....

(١ - ١) فى م : « نجومه بعضها » .
(٢) الرجز غير مَعْزُوٍّ فى : جمهرة اللغة ١/٦٢ ، تهذيب اللغة ٦/١٢٦ ، المخصص ٩/١٦ ، اللسان والتاج (ح ق ق) .
(٣) فى الأصل : « الجذع » .
الحق من أولاد الإبل : الذى بلغ أن يركب ويحمل عليه ويَضْرِب الناقة . والبعير يجذع لاستكماله أربعة أعوام ودخوله فى السنة الخامسة ، وهو قبل ذلك حق .
(٤) سورة النور ٣٣ .
(٥ - ٥) فى الأصل : « فملك » .

المقنع

وَهِىَ مُسْتَحَبَّةٌ لِمَنْ يُعْلَمُ فِيهِ خَيْرٌ ، وَهُوَ الْكَسْبُ وَالْأَمَانَةُ . وعَنْهُ ، أَنَّهَا وَاجِبَةٌ ، إِذَا ابْتَغَاهَا مِنْ سَيِّدِهِ أُجْبِرَ عَلَيْهَا .

الشرح الكبير

رواه [(1)] أحمدُ ، وأبو داودَ ، والنَّسائِيُّ ، وابنُ ماجه ، والتِّرمِذِيُّ [(1)] ، وقال : حسنٌ صَحيحٌ . ورَوَى سَهْلُ [(2)] بنُ حُنَيْفٍ ، أنَّ النبيَّ ﷺ ، قال : « مَنْ أَعَانَ غَارِمًا أَوْ غَازِيًا أَوْ مُكَاتَبًا فِى كِتَابَتِه ، أَظَلَّهُ اللهُ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّه » [(3)] . فى أحادِيثَ كثيرةٍ سواهما . وأجْمَعَتِ الأُمَّةُ على مَشْرُوعِيَّةِ الكِتابَةِ .

٢٩٧٥ – مسألة : (وهى مُسْتَحَبَّةٌ لمَن يُعْلَمُ فِيه خَيْرٌ ، وهو الكَسْبُ والأَمَانَةُ . وعنه ، أَنَّها وَاجِبَةٌ إذا ابْتَغَاها مِن سَيدِه أُجْبِرَ عليها) إذا سأَلَ العَبْدُ سَيِّدَه مُكاتَبَتَه ، اسْتُحِبَّ له إجابَتُه إذا عَلِمَ فيه خَيْرًا . و لم يَجِبْ ذلك ، فى ظاهِرِ المذهبِ . وهو قولُ عامَّةِ أهلِ العلمِ ؛ منهم الحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وعن أحمدَ ، أنَّها

الإنصاف

قوله : وهى مُسْتَحَبَّةٌ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، بلا رَيْبٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هذا ظاهِرُ المذهبِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ،

(١ – ١) فى م : « رواه أبو داود وابن ماجه » .

والحديث تقدم تخريجه فى ١٨/ ٣٨٠ و لم يعز هناك إلى النسائى، وأخرجه النسائى ، فى : باب ذكر المكاتب يكون عنده ما يؤدى ، من كتاب العتق ، وفى : باب دخول العبد على سيدته ونظره إليها ، من كتاب عشرة النساء . السنن الكبرى ٣/ ١٩٧، ١٩٨ ، ٥/ ٣٨٩ .

(٢) فى الأصل : « سهيل » .

(٣) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٨٧ .

الشرح الكبير

وَاجِبَةٌ إذا دَعَى العَبْدُ المُكْتَسِبُ الصدوقُ[1] سيدَه إليها . وهو قولُ عَطاءٍ ، والضَّحاكِ ، وعمرِو بنِ دِينارٍ ، وداودَ . وقال إسحاقُ : أخْشَى أن يأْثَمَ إن لم يَفْعَلْ ، ولا يُجْبَرُ عليها . ووَجْهُ ذلك ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَـٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ . وظاهِرُ الأمْرِ الوُجوبُ . ورُوِىَ أنَّ[2] سِيرِينَ أبا محمدِ بنِ سِيرِينَ كان عبدًا لأنَسِ بنِ مالكٍ ، فسأله أن يُكاتِبَه ، فأبَى ، فأخْبَرَ سيرِينُ عمرَ بنَ الخَطَّابِ بذلك ، فرفَعَ الدِّرَّةَ على أنسٍ ، وقَرَأَ عليه : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَـٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ .

الإنصاف

و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » . وعنه ، واجِبَةٌ ، إذا ابتغَاها مِن سيِّدِه [١٤٦/٣ ظ] أُجْبِرَ عليها بقِيمتِه . اخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « تَفْسِيرِه » . قال فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : وهو مُتَّجِهٌ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : وعلى قِياسِه وجُوبُ العِتْقِ فى قَوْلِه : أَعْتِقْ عَبْدَك عنك ، وعلَىَّ ثَمَنُه . وقدَّم فى « الرَّوْضَةِ » أنَّها مُباحَةٌ .

فائدة : لا تَصِحُّ كِتابَةُ المَرْهُونِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قطَع به كثيرٌ مِنَ الأصحابِ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : قلتُ : تجوزُ كعِتْقِه . وهو الصَّوابُ . وتجوزُ كِتابَةُ المُسْتَأْجَرِ .

قوله : لمَن يَعْلَمُ فيه خَيْرًا ؛ وهو الكَسْبُ والأَمانَةُ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جَماهيرُ الأصحابِ ؛ منهم المُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ،

---

(١) سقط من: م .
(٢) فى الأصل : « ابن » .

الشرح الكبير

فكاتَبَهَ أنسٌ(1) . ولَنا ، أنَّه إعْتاقٌ بعِوَضٍ ، فلم يَجِبْ عليه ، كالاسْتِسْعاءِ . والآيةُ مَحْمُولَةٌ على النَّدْبِ ، وقولُ عمرَ يُخالِفُه فِعْلُ أنسٍ . قال أحمدُ : الخيرُ : صِدْقٌ وصَلاحٌ ووَفاءٌ بمالِ الكِتابَةِ . ونحوَ هذا قال إبراهيمُ ، وعمرُو بنُ دِينارٍ ، وغيرُهما ، وعِباراتُهم(2) فى ذلك مُخْتَلِفَةٌ . وقِيلَ : قوةٌ على الكَسْبِ والأمانَةُ . قاله(3) الشافعىُّ . وقال ابنُ عباسٍ : غِنًى وإعْطاءُ المالِ . وقال مُجاهِدٌ : غِنًى وأداءٌ . وقال النَّخَعِىُّ : صِدقٌ ووَفاءٌ . فلا خِلافَ بَيْنَهم فى أنَّ مَن لا خَيْرَ فيه لا تَجِبُ إجابَتُه .

الإنصاف

و « الشَّرْحِ »، و « النَّظْمِ »، و « الفُروعِ »، وغيرُهم . قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ »، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « الخُلاصةِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، وغيرِهم : المُكْتَسِبُ الصَّدُوقُ . وقال فى « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » : وتُسْتَحَبُّ مع كَسْبِ العَبْدِ وأمانَتِه وصِدْقِه . وقال فى « الواضِحِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » : وهى مُسْتَحَبَّةٌ مع كَسْبِ العَبْدِ فقط . وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، فى كتاب العِتْقِ ، فأَسْقَطُوا الأمانَةَ .

---

(1) ذكره البخارى معلقا بصيغة الجزم ، فى : باب إثم من قذف مملوكه ، من كتاب المكاتب . صحيح البخارى ١٩٨/٣ . وأخرجه البيهقى ، فى : باب من قال : يجب على الرجل مكاتبة ...، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣١٩/١٠ . وعبد الرزاق ، فى : باب وجوب الكتاب والمكاتب يسأل الناس ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٧١/٨ ، ٣٧٢ .

(2) فى م : « عبارتهم » .

(3) فى م : « قال » .

المقنع وَهَلْ تُكْرَهُ كِتَابَةُ مَنْ لَا كَسْبَ لَهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٩٧٦** – مسألة : (وهل تُكْرَهُ كِتابَةُ مَن لا كَسْبَ له ؟ على رِوايَتَيْن) قال القاضى : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ كَراهَتُه . وكان ابنُ عمرَ يَكْرَهُه[(١)] . وهو قولُ مسروقٍ ، والأوْزَاعِيِّ . وعن أحمدَ ، أنَّه لا يُكْرَه . ولم يَكْرَهْه الشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وطائفةٌ مِن أهلِ العلمِ ؛ لأنَّ جُوَيْرِيَةَ بنتَ الحارِثِ ، كاتَبَها ثابتُ بنُ قيسِ بنِ شَمَّاسٍ ، فأتَتِ النبىَّ ﷺ تَسْتَعِينُه فى كِتابَتِها ، فأدَّى عنها كِتابَتَها وتزَوَّجَها[(٢)] . [٦/ ٣٠ ظ] واحْتَجَّ ابنُ المُنْذِرِ بأنَّ بَرِيرةَ كاتَبَتْ ولا حِرْفَةَ لها ، فلم يُنْكِرْ ذلك رسولُ اللهِ ﷺ[(٣)] . ووَجْهُ الأوَّلِ ما ذَكَرْنا فى عِتْقِه[(٤)] . قال شيخُنا[(٥)] : ويَنْبَغِى أن يُنْظَرَ فى المُكاتَبِ ، فإن كان ممَّن يتَضَرَّرُ بالكِتابَةِ ويَضِيعُ ؛ لِعَجْزِه عن الإنْفاقِ على نَفْسِه ، ولا يَجِدُ مَن يُنْفِقُ عليه ، كُرِهَتْ

الإنصاف قوله : وهل تُكْرَهُ كِتابَةُ مَن لا كَسْبَ له ؟ على رِوايَتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ »، و « المُذْهَبِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « الكافِى »، و «المُحَرَّرِ»؛ إحْداهما ، تُكْرَهُ كِتابَتُه . وهو المذهبُ . قال القاضى : ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ،

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى تفسير قوله تعالى : ﴿ إن علمتم فيهم خيرا ﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ١٠/ ٣١٨ . وعبد الرزاق ، فى : باب وجوب الكتاب والمكاتب يسأل الناس ، من كتاب المكاتب . المصنف ٨/ ٣٧٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من كره أن يكاتب عبده ... ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٧/ ٢٣ .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/ ٣٤٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٢٧٧ .

(٣) حديث بريرة تقدم تخريجه فى ١١/ ٢٣٤ ، ٢٣٥ .

(٤) تقدم الكلام عليه فى صفحة ٧ .

(٥) فى : المغنى ١٤/ ٤٤٣ .

الشرح الكبير

كِتابَتُه ، وإن كان يَجِدُ مَن يَكْفِيه مُؤْنَتَه لم تُكْرَهْ كِتابَتُه ؛ لحُصُولِ النَّفْعِ بالحُرِّيَةِ مِن غيرِ ضَرَرٍ . فأمَّا جُوَيْرِيَةُ[1] فإنَّها كانت ذاتَ أهلٍ ، وكانت ابنةَ سيدِ قَوْمِه ، فإذا عَتَقَتْ رَجعَتْ إلى أهْلِها ، فأخْلَفَ اللهُ لها خيرًا مِن أهْلِها ، فتزَوَّجَها رسولُ اللهِ ﷺ ، وصارت إحْدَى أُمَّهاتِ المؤْمنينَ ، وأعْتَقَ الناسُ ما[2] كان بأيْدِيهم مِن قَوْمِها حينَ بَلَغَهم أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ تَزَوَّجَها ، وقالوا : أصْهارُ رَسُولِ اللهِ ﷺ ، فلم يُرَ امرأةٌ أعْظَمَ بَرَكَةً على قَوْمِها مِنها . وأمَّا بَرِيرَةُ ، فإنَّ كِتابَتَها تَدُلُّ على إباحَةِ ذلك وأنَّه ليس بمُنْكَرٍ ، ولا خِلافَ فيه ، وإنَّما الخِلافُ فى كَرَاهَتِه . قال مَسْرُوقٌ : إذا سأل العبدُ مَوْلاه المُكاتَبَةَ ، فإن كان له مَكْسَبَةٌ أو كان له مالٌ فلْيُكاتِبْه ، وإن لم يَكنْ له مالٌ ولا مَكْسَبَةٌ ، فَلْيُحْسِنْ مَلْكَتَه ، ولا يُكَلِّفْه إلَّا طاقَتَه .

الإنصاف

رَحِمَه اللهُ ، الكَرَاهَةُ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وصحَّحه فى « الخُلاصَةِ » ، و « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا تُكْرَهُ . فتُسْتَحَبُّ . لكِنْ قال فى « الكافِى » : لو دَعا مَن لا كَسْبَ له سيِّدَه إلى الكِتابَةِ ، لم يُجْبَرْ . رِوايَةً واحدَةً . قال المُصَنِّفُ : ويَنْبَغِى أنْ يُنْظَرَ فى المُكاتَبِ ؛ فإنْ كان ممَّن يتَضَرَّرُ بالكِتابَةِ ويَضِيعُ ؛ لعَجْزِه عن الإنْفاقِ على نفْسِه ، ولا يجِدُ مَن يُنْفِقُ عليه ، كُرِهَتْ كِتابَتُه ، وإنْ كان يجِدُ مَن يَكْفِيه مُؤْنَتَه ، لم تُكْرَهْ كِتابَتُه . وعنه ، تُكْرَهُ كِتابَةُ الأُنْثَى .

---

(1) فى م : « جويرة » .
(2) فى الأصل : « مما » .

المقنع

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ .

وَإِنْ كَاتَبَ الْمُمَيِّزُ عَبْدَهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ، صَحَّ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَصِحَّ .

الشرح الكبير

٢٩٧٧ – مسألة : (ولا تَصِحُّ إلَّا مِن جائِزِ التَّصَرُّفِ) فأمَّا المَجْنونُ والطِّفْلُ ، فلا تَصِحُّ مُكاتَبَتُهما لرَقِيقِهما ، ولا مُكاتَبَةُ سَيدِهما لهما ؛ لأنَّ الكِتابَةَ نَقْلُ المِلْكِ بعِوَضٍ ، فلا تَصِحُّ منهما[1] ، كالبَيْعِ .

٢٩٧٨ – مسألة : (وإن كاتَبَ المُمَيِّزُ عبدَه بإذْنِ وَلِيِّه ، صَحَّ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ) بناءً على قولِنا : إنَّه لا يَصِحُّ بَيْعُه بإذْنِ وَلِيِّه . ولأنَّه عَقْدُ إعْتاقٍ ، فلم يَصِحَّ منه ، كالعِتْقِ بغيرِ مالٍ . ولا يَصِحُّ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّه بحالٍ .

الإنصاف

فائدة : تقَدَّم فى بابِ الحَجْرِ صِحَّةُ كِتابَةِ الوَلِيِّ رَقِيقَ المُوَلَّى عليه . والكِتابَةُ فى الصِّحَّةِ والمرَضِ مِن رأْسِ المالِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال أبو الخَطَّابِ ومَن تَبِعَه : فى المَرَضِ مِنَ الثُّلُثِ . ولو كاتَبَه فى الصِّحَّةِ وأَسْقَطَ دَيْنَه ، أو أعْتَقَه فى مرَضِه ، اعْتُبِرَ خُروجُ الأَقَلِّ مِن رقَبَتِه أو دَيْنِه مِنَ الثُّلُثِ . ولو وَصَّى بعِتْقِه أو أبْرأَه مِنَ الدَّيْنِ ، اعْتُبِرَ أَقَلُّهما مِن ثُلُثِه . ولو حمَلَ الثُّلُثُ بعضَه عتَق ، وباقِيه على الكِتابَةِ . ولو أقَرَّ فى المَرَضِ بقَبْضِ النُّجُومِ سلَفًا ، جازَ .

قوله : وإنْ كاتَبَ المُمَيِّزُ عَبْدَه بإذْنِ وَلِيِّه ، صَحَّ . صِحَّةُ كِتابَةِ المُمَيِّزِ لعَبْدِه بإذْنِ وَلِيِّه مَبْنِيَّةٌ على صِحَّةِ بَيْعِه بإذْنِ وَلِيِّه ، على ما تقدَّم فى أوَّلِ كِتابِ البَيْعِ ، والصَّحيحُ صِحَّةُ بَيْعِه ، فكذا كِتابَتُه .

---

(١) فى م : « منها » .

المقنع

وَإِنْ كَاتَبَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الْمُمَيِّزَ ، صَحَّ .

الشرح الكبير

٢٩٧٩ – مسألة : (وإن كاتَبَ السيدُ عبدَه المُمَيِّزَ ، صَحَّ) وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : لا يَصِحُّ (١فيهما جميعًا١) بحالٍ ؛ لأنَّه ليس بمُكَلَّفٍ ، أشْبَهَ المَجْنونَ . ولَنا ، أنَّه يَصِحُّ تصرُّفُه وبَيْعُه بإذْنِ وَلِيِّه ، فصَحَّتْ منه الكِتابَةُ بذلك ، كالمُكَلَّفِ . ودليلُ صِحَّةِ تصرُّفِه قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ ﴾(٢) . والابْتِلاءُ : الاخْتِبارُ له بتَفْويضِ التصرُّفِ إليه ؛ ليُعْلَمَ هل يَقَعُ منه على وَجْهِ المَصْلَحَةِ أو لا ، وهل يُغْبَنُ فى بَيْعِه و شِرائِه أو لا . وإيجابُ السيدِ لعبدِه المُمَيِّزِ المُكاتَبَةَ إذْنٌ له فى قَبُولِها . إذا ثَبَتَ هذا ، فإن كان السيدُ المُكاتِبُ طفلًا أو مجنونًا ، فلا حُكْمَ لتصرُّفِه ولا قَوْلِه .

الإنصاف

وقوله : ويحْتَمِلُ أَنْ لا يصِحَّ . هذا الاحْتِمالُ لأبى الخَطَّابِ ، وهو رِوايَةٌ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فى هذا البابِ . وقيل : تصِحُّ كِتابَتُه بغيرِ إذْنِ وَلِيِّه . وفى « المُوجَزِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » : تصِحُّ مِن ابنِ عَشْرٍ .

قوله : وإنْ كاتَبَ السَّيِّدُ عَبْدَه المُمَيِّزَ ، صحَّ . بلا نِزاعٍ . وظاهِرُ كلامِه ، أنَّه لا يصِحُّ أنْ يُكاتِبَ غيرَ المُمَيِّزِ ، ولا المَجْنونَ ، ولو فعَل ، لم يصِحَّ . ولا يعْتِقان بالأداءِ ، بل يتعَلَّقُ العِتْقُ به إنْ كان التَّعْليقُ صريحًا ، وإلَّا فوَجْهان فى العِتْقِ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، يعْتِقُ بتَعْليقِ العِتْقِ به ؛ لأنَّ الكِتابَةَ تتَضمَّنُ

(١ – ١) فى م : « فيها جميعها » .

(٢) سورة النساء ٦ .

الشرح الكبير

وإن كاتَبَ المُكَلَّفُ عبدَه الطفلَ[1] أو المجنونَ ، لم يَثْبُتْ لهذا التَّصرُّفِ حكمُ المُكاتَبَةِ الصَّحِيحَةِ ولا الفاسِدَةِ ؛ لأنَّه لا حُكْمَ لقولِهما ، لكن إن قال : إن أدَّيْتُما إلَيَّ فأنْتُما حُرَّان . فأدَّيا ، عَتَقَا بالصِّفَةِ لا بالكِتابَةِ ، وما فى أيْدِيهما لسيدِهما ، وإن لم يَقلْ ذلك لم يُعْتَقَا . ذَكَرَه أبو بكرٍ . وقال القاضى : يُعْتَقانِ . وهو مذهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الكِتابَةَ تَتَضَمَّنُ مَعْنَى الصِّفَةِ ، فيَحْصُلُ العِتْقُ ههُنا بالصِّفَةِ المَحْضَةِ ، كما لو قال : إن أدَّيْتَ إلَيَّ فأنتَ حُرٌّ . ولَنا ، أنَّه ليسَ بصِفَةٍ صريحًا ولا [٦/٣١ و] مَعْنًى ، وإنَّما هو عَقْدٌ باطلٌ ، فأشْبَهَ البَيْعَ الباطِلَ .

فصل : إذا كاتَبَ الذِّمِّىُّ عبدَه ثم أسْلَمَا ، صَحَّ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ أو عِتْقٌ بِصفَةٍ[2] ، وكلاهُما يَصِحُّ منه . فإذا تَرافَعا إلى الحاكمِ بعدَ الكِتابَةِ ، نَظَرَ فى العَقْدِ ؛ فإن كان موافقًا للشَّرْعِ أمْضاه ، وإن كانت كِتابَتُه فاسدةً ، مثلَ أن يكونَ العِوَضُ خَمْرًا أو خِنْزِيرًا ، أو غيرَ ذلك مِن أنْواعِ الفسادِ ، ففيه ثلاثُ مَسائِلَ ؛ أحدُها ، أن يكونَا قد تقابَضا حالَ الكُفْرِ ،

الإنصاف

معْنَى الصِّفَةِ . اخْتارَه القاضى . والثَّانى ، لا يعْتِقُ . وهو المذهبُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . ونَصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال فى « القَواعِدِ الأُصولِيَّةِ » : والمذهبُ ، لا يعْتِقُ بالأداءِ ، خِلافًا لما قال القاضى .

---

(١) فى م : « المكلف » .

(٢) فى الأصل : « نصفه » .

الشرح الكبير

فتكونَ الكِتابَةُ ماضِيَةً والعِتْقُ حاصلًا ؛ لأنَّ ما تَمَّ فى حالِ الكُفْرِ لا يَنْقُضُه الحاكِمُ ، ويَحْكُمُ بالعِتْقِ ، سواءٌ تَرافَعا قبلَ الإسْلامِ أو بعدَه . الثانيةُ ، تَقَابَضا بعدَ الإسْلامِ ، ثم تَرافَعا إلى الحاكمِ ، فإنَّه يَعْتِقُ أيضًا[1] ؛ لأنَّ هذه كِتابَةٌ فاسِدَةٌ ، ويكونُ حكمُها حكمَ الكِتابَةِ الفاسِدَةِ المَعقودةِ فى الإسْلامِ ، على ما سَنَذْكرُه ، إن شاءَ اللهُ تعالَى . الثالثةُ ، تَرافَعا قبلَ قَبْضِ العِوَضِ الفاسِدِ ، أو قَبْضِ بعضِه ، فإنَّ الحاكمَ يَرْفَعُ هذه الكِتابَةَ ويُبْطِلُها ؛ لأنَّها كتابَةٌ فاسِدةٌ لم يَتَّصِلْ[2] بها قَبْضٌ تنبَرِمُ به . ولا فَرْقَ بينَ إسْلامِهما أو إسْلامِ أحَدِهما فيما ذَكَرْناه مِن التَّغليبِ بحُكْمِ الإسْلامِ . وقال أبو حنيفةَ : إذا كاتَبَه على خَمْرٍ ثم أسْلَما لم يَفْسُدِ العَقْدُ ، ويُؤَدِّى قِيمَةَ الخمرِ ؛ لأنَّ الكِتابَةَ كالنِّكاحِ ، ولو مَهَرَها خَمْرًا ثم أسْلَما لم يَفْسُدِ العَقْدُ ، ويَبْطُلُ الخَمْرُ . ولَنا ، أنَّ هذا عَقْدٌ لو عَقَدَه المُسْلِمُ كان فاسِدًا ، فإذا أسْلَما قبلَ التَّقابُضِ ، أو أحَدُهما ، حُكِمَ بفَسادِه ، كالبَيْعِ الفاسِدِ . ويُفارِقُ النِّكاحَ ، فإنَّه لو عَقَدَه المسلمُ بخَمْرٍ كان صَحِيحًا . وإن أسْلَمَ مُكاتَبُ الذِّمِّىِّ لم تَنْفَسِخِ الكِتابَةُ ؛ لأنَّها وقَعَتْ صحيحةً ، ولا يُجْبَرُ على إزالَةِ مِلْكِه ؛ لأنَّه خارجٌ بالكِتابَةِ عن تَصَرُّفِ الكافِرِ فيه ، فإن[3] عَجَزَ أُجْبِرَ على إزالَةِ مِلْكِه عنه حِينَئذٍ . فإنِ اشْتَرَى مسلمًا فكاتَبَه ، لم تَصِحَّ الكِتابَةُ ؛

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « يبطل » .

(٣) فى الأصل : « فإنه » .

الشرح الكبير

لأنَّ الشِّراءَ باطِلٌ لم يَثْبُتْ له به مِلْكٌ . وإن أسْلَمَ عبدُه فكاتَبَه بعدَ إسْلامِه ، لم تَصِحَّ كِتابَتُه[1] ؛ لأنَّ الكِتابَةَ لا تُزِيلُ المِلْكَ . وقال القاضى : له ذلك . وقد ذَكَرْناه [2]فى كِتابِ البَيْعِ[2] ، فإن عَجَزَ عاد رَقِيقًا قِنًّا ، وأُجْبِرَ على إزالةِ مِلْكِه عنه .

فصل : وتَصِحُّ كِتابَةُ الحَرْبِىِّ عبدَه فى دارِ الحرب وفى دارِ الإسْلامِ . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا تَصِحُّ ؛ لأنَّ مِلْكَه ناقِصٌ . وحُكِىَ عن مالكٍ ، أنَّه لا يَمْلِكُ ذلك ، بدليلِ أنَّ [3]المسلمَ يَمْلِكُه[3] عليه . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَـٰرَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ ﴾[4] . وهذه الإضافةُ إليهم تَقْتَضِى صِحَّةَ أمْلاكِهم ، فتَقْتَضِى صِحَّةَ تصَرُّفاتِهم . إذا ثَبَتَ هذا ، فإذا كاتَبَ عبدَه فدَخَلا مُسْتأْمَنَيْن إلَيْنا ، لم يَتَعَرَّضِ الحاكِمُ لهما . وإن تَرافَعا إليه نَظَرَ بَيْنَهما ؛ فإن كانت كِتابَتُهما صَحِيحةً أَلْزَمَهُما حُكْمَها ، وإن كانت فاسِدةً بَيَّنَ لهما فسادَها . وإن جاءا وقد قَهَرَ أحدُهما صاحِبَه بَطَلَتِ الكِتابَةُ ؛ لأنَّ العبدَ إن قَهَرَ سيدَه مَلَكَه ، فبَطَلَتْ كِتابَتُه ؛ لخُرُوجه عن مِلْكِ سيدِه[5] . وإن قَهَرَه السيدُ على إبْطالِ الكِتابَةِ وَرَدَّه رَقِيقًا ، [٦/٣١ ظ] بَطَلَتْ ؛ لأنَّ دارَ الكُفْرِ دارُ قَهْرٍ وإباحةٍ ، ولهذا لو قَهَرَ حُرٌّ حُرًّا

الإنصاف

(١) بعده فى المغنى ١٤/٤٤٦ : « لأنه يلزمه إزالة ملكه عنه » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) فى م : « للمسلم تملكه » .

(٤) سورة الأحزاب ٢٧ .

(٥) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

على نَفسِه مَلَكَه . وإن دَخَلا مِن غيرِ قَهْرٍ ، فقَهَرَ أحَدُهما الآخَرَ فى دارِ الإسْلامِ ، لم تَبْطُلِ الكِتابَةُ وكانا على ما كانا عليه قبلَه ؛ لأنَّ دارَ الإسْلامِ دارُ حَظْرٍ ، لا يُؤَثِّرُ فيها القَهْرُ إلَّا بالحَقِّ . وإن دَخَلا مُسْتَأْمَنَيْن ثم أرادا الرُّجُوعَ إلى دارِ الحربِ[1] ، لم يُمْنَعا . وإن أرادَ السيدُ الرُّجُوعَ وأخْذَ المُكاتَبَ معه ، فأبَى المُكاتَبُ الرُّجُوعَ معه ، لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّه بالكِتابَةِ زالَ سُلْطانُه ، وإنَّما له فى ذِمَّتِه حَقٌّ ، ومَن له دَيْنٌ فى ذِمَّةِ غيرِه لا يَمْلِكُ إجْبارَه على السَّفَرِ معه لأجْلِه . ويقالُ للسيدِ : إن أردتَ الإقَامَةَ فى دارِ الإسْلامِ لتَسْتَوْفِىَ[2] مالَ الكِتابَةِ فاعْقِدِ الذِّمَّةَ وأقِمْ ، إن كانت مُدَّتُها طويلةً ، وإن أردتَ تَوْكِيلَ مَن يَقْبِضُ لك نُجومَ الكِتابَةِ فافْعَلْ . فإذا أدَّى نُجومَ الكتابةِ عَتَقَ ، وهو مُخَيَّرٌ ؛ إن أحَبَّ المُقامَ فى دارِ الإسْلامِ عَقَدَ على نَفْسِه الذِّمَّةَ ، وإن أحَبَّ الرُّجُوعَ لم يُمْنَعْ . وإن عَجزَ وفَسَخَ السيدُ كِتابَتَه عادَ رَقِيقًا ، ويُرَدُّ إلى سَيدِه ، والأمانُ له[3] باقٍ ؛ لأنه مِن مالِ سَيِّدِه ، وسَيِّدُه عقدَ الأمانَ لنفسِه ومالِه ، فإذا انْتَقَضَ الأمانُ فى نَفْسِه بعَوْدِه لم يَنْتَقِضْ فى مالِه .

وإن كاتَبَه فى دارِ الحَرْبِ فهَرَبَ ودَخَلَ إلينا ، بَطَلَتِ الكتابةُ ؛ لأنَّ مِلْكَه زالَ بقَهْرِه على نَفْسِه ، فأشْبَهَ ما لو قَهَرَه على غيرِه مِن مالِه . وسَواءٌ جاءَنا مُسْلِمًا أو غيرَ مُسلمٍ . وإن جاء بإذْنِ سيدِه فالكِتابَةُ بحالِها ؛ لأنَّه لم يَقْهَرْ

الإنصاف ....

(١) فى م : « الحراب » .
(٢) فى الأصل : « ليستوفى » .
(٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

سيدَه ، فإذا دَخلَ إلَيْنا بأمانٍ بإذْنِ سيدِه ثم سَبَى المسلمونَ سيدَه وقُتِلَ ، انْتَقَلَتِ الكِتابَةُ إلى وَرَثَتِه ، كما لو ماتَ حَتْفَ أنْفِه ، وإن مَنَّ عليه الإمامُ أو فاداه أو هَرَبَ ، فالكِتابَةُ بحالِها . وإنِ اسْتَرَقَّه الإمامُ ، فالمُكاتَبُ مَوْقُوفٌ ، (1) إن عَتَقَ السيدُ فالكِتابَةُ بحالِها ، وإن ماتَ أو قُتِلَ فالمُكاتَبُ للمسلمين ، مُبقًى على ما بَقِيَ مِن كِتابَتِه ، يَعْتِقُ(1) بالأداءِ إليهم ، ووَلاؤُه لهم ، وإن عَجزَ فهو رَقِيقٌ لهم . فإن أرادَ المُكاتَبُ الأداءَ قبلَ عِتْقِ سيدِه وموتِه ، أدَّى إلى الحاكمِ أو إلى أمِينِه ، وكان المالُ المَقْبُوضُ مَوْقُوفًا ، على ما ذَكَرْناه ، ويَعْتِقُ المُكاتَبُ بالأداءِ ، وسيدُه رَقِيقٌ ، لا يَثْبُتُ له وَلاءٌ . قال أبو بكرٍ : يكونُ الولاءُ للمسلمين . وقال القاضى : يكونُ مَوْقُوفًا ، فإن عَتَقَ سيدُه فهو له ، وإن ماتَ رَقيقًا فهو للمسلمينَ ، وإن كان اسْتِرْقاقُ سيدِه بعدَ عِتْقِ المُكاتَبِ وثُبوتِ الوَلاءِ عليه ، فقال القاضى : يكونُ وَلاؤُه مَوْقُوفًا ، فإن عَتَقَ السيدُ كان الوَلاءُ له ، وإن قُتِلَ أو ماتَ على رِقِّه بَطَلَ الوَلاءُ ؛ لأنَّه رقِيقٌ لا يُورَثُ ، فبطَلَ الوَلاءُ ؛ لعَدَمِ مُسْتَحِقِّه . ويَنْبَغِى أن يكونَ للمسلمينَ ؛ لأنَّ مالَ مَن لا وارِثَ له للمسلمين ، فكذلك الوَلاءُ . واللهُ أعلمُ .

فصل : وإن كاتَبَ المُرْتَدُّ عبدَه ، فعلى قولِ أبى بكرٍ ، الكتابةُ باطلةٌ ؛ لأنَّ مِلْكَه زالَ بردَّتِه . وعلى ظاهِرِ المذهبِ ، كتابَتُه مَوْقُوفَةٌ ؛ إن أسْلَمَ(2)

الإنصاف ....

(1 - 1) سقط من : الأصل .

(2) سقط من : الأصل .

المقنع

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْقَوْلِ . وَتَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ : كَاتَبْتُكَ عَلَى كَذَا .

الشرح الكبير

تَبَيَّنَّا أنَّها كانت صحيحةً ، وإن مات على رِدَّتِه أو قُتِلَ بَطَلَتْ . وإن أدَّى فى رِدَّتِه لم يُحْكَمْ بعِتْقِه ويكونُ مَوْقُوفًا ، فإن أَسْلَم سَيِّدُه تَبَيَّنَّا [٣٢/٦ و] صِحَّةَ الدَّفْعِ إليه وعِتْقِه ، وإن مات على رِدَّتِه أو قُتِلَ فهو باطِلٌ والعبدُ رقيقٌ . وإن كاتَبَه وهو مسلمٌ ثم(1) ارْتَدَّ وحُجِرَ عليه ، لم يَكُنْ للعبدِ الدَّفْعُ إليه ، ويُؤَدِّى إلى الحاكِمِ ، ويَعْتِقُ بالأداءِ . وإن دَفَعَ إلى المُرْتَدِّ ، كان مَوْقُوفًا ، كما ذَكَرْنا . وإن كاتَبَ المسلمُ عبدَه المُرْتَدَّ صَحَّتْ كِتابَتُه ؛ لأنَّه يَصِحُّ بَيْعُه ، فإن أدَّى عَتَقَ ، وإن أَسْلَمَ فهو على كِتابَتِه .

فصل : وكتابةُ المريضِ صَحِيحةٌ ، فإن كانَ مَرَضُ الموتِ الْمَخُوفُ اعْتُبِرَ مِن الثُّلثِ ؛ لأنَّه بَيْعُ مالِه بمالِه ، فجَرَى مجْرَى الهِبَةِ . ولذلك ثَبَتَ الوَلاءُ على المُكاتَبِ ؛ لكَوْنِه مُعْتَقًا . فإن خَرَجَ مِن الثُّلُثِ كانت الكتابةُ لازِمةً ، وإن لم يَخْرُجْ مِن الثُّلثِ ، لَزِمَتْ فى قَدْرِ الثُّلُثِ ، وباقِيه موقوفٌ على إجازَةِ الوارثِ(2) ، تَصِحُّ بإجازَتِه وتَبْطُلُ برَدِّه . وهذا قولُ الشافعىِّ . وقال أبو الخَطَّابِ ، فى « رُءُوسِ المسائِلِ » : تجوزُ الكِتابَةُ مِن رَأسِ المالِ ؛ لأنَّه عَقْدُ معاوَضَةٍ ، أشْبَهَ البَيْعَ . والأوَّلُ أوْلَى .

٢٩٨٠ – مسألة : (ولا تَصِحُّ إلَّا بالقولِ . وتَنْعَقِدُ بقولِه : كَاتَبْتُكَ

الإنصاف

قوله : ولا تَصِحُّ إلَّا بالقَوْلِ ، وتَنْعَقِدُ بقَوْلِه : كاتَبْتُكَ على كذا . وإنْ لم يَقُلْ : فإذا أدَّيْتَ إلَىَّ فأنْتَ حُرٌّ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو

(١) فى م : « و » .

(٢) فى م : « الورثة » .

المقنع وَإنْ لَمْ يَقُلْ : فَإذَا أَدَّيْتَ إلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُشْتَرَطَ قَوْلُهُ أَوْ نِيَّتُهُ .

الشرح الكبير على كذا) لأنَّه لَفظُها المَوْضُوعُ لها ، فانْعَقَدَتْ بمجرَّدِه ، كَلَفظِ النِّكاحِ فيه .

٢٩٨١ - مسألة : ولا يَفتَقِرُ إلى قوله : (وإن أدَّيْتَ إليَّ فأنْتَ حُرٌّ) بل متى أدَّى عَتَقَ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعيُّ : لا يَعْتِقُ حتى يَقُولَ ذلك ، أو يَنْوِىَ بالكِتابةِ الحُرِّيَّةَ . ويَحْتَمِلُ مثلُ ذلك عندَنا ؛ لأنَّ لَفْظَ الكِتابةِ يَحْتَمِلُ المُخارَجَةَ ، ويَحْتَمِلُ العِتْقَ بالأداءِ ، فلا بُدَّ مِن تَمْييزِ أحَدِهما عن الآخَرِ ، ككِتاباتِ العِتْقِ . ولَنا ، أنَّ الحُرِّيَّةَ مُوجَبُ عَقْدِ

الإنصاف المذهبُ المَجْزومُ به لعامَّةِ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ، و « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . ويحْتَمِلُ أنْ يُشْتَرَطَ قَوْلُه ذلك ، أوْ نِيَّته . وهو لأبِى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » . وفى « التَّرْغيبِ » وَجْهٌ ، وهو رِوايَةٌ فى « المُوجَزِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » ، يُشْتَرَطُ قوْله ذلك . وقيل : أو نيَّته .

فائدة : ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، أنَّه لا يُشْتَرطُ قَبُولُه للكِتابَةِ . وقال فى « المُوجَزِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » ، و « التَّرْغيبِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : يُشْتَرطُ ذلك . واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » .

المقنع

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا عَلَى عِوَضٍ مَعْلُومٍ مُنَجَّمٍ ، نَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا ،

الشرح الكبير

الكِتابَةِ ، فثَبَتَتْ عندَ تَمامِه ، كسائِرِ أحْكامِه . ولأنَّ الكِتابَةَ عَقْدٌ وُضِعَ للعِتْقِ ، فلم يَحْتَجْ إلى لَفْظِ العِتْقِ ولا نِيَّتِه ، كالتَّدْبيرِ . وما ذَكَرُوه من اسْتِعمالِ الكتابةِ فى المُخارَجةِ ، إن ثَبَتَ فليس بمَشْهُورٍ ، فلم يَمْنَعْ وُقوعَ الحُرِّيةِ به ، كسائِرِ الألْفاظِ الصَّريحةِ ، على أنَّ اللَّفْظَ المُحْتَمِلَ يَنْصَرِفُ بالقرائِنِ إلى أحَدِ مُحْتَمِلَيه ، كلَفْظِ التَّدْبيرِ ؛ فإنَّه يَحْتَمِلُ التَّدْبيرَ فى مَعاشِه ، وغيرِه ، وهو صَريحٌ فى الحُرِّيةِ ، كذلك هذا .

٢٩٨٢ – مسألة : (ولا تَصِحُّ إلَّا على عِوَضٍ مَعْلُومٍ مُنجَّمٍ ، نَجْمَيْنِ فصاعدًا) لا تَصِحُّ إلَّا على عِوَضٍ مَعْلُومٍ ؛ لأنَّها عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، أشْبَهَتِ البَيْعَ . ولا تَجُوزُ إلَّا مُنَجَّمَةً مُؤَجَّلَةً . هذا ظاهِرُ المذهبِ . وبه قال الشافعيُّ . وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ : تجوزُ حالَّةً ؛ لأنَّه عَقْدٌ على عَيْنٍ ، فإذا كان عِوَضُه فى الذِّمَّةِ ، جازَ أن يكونَ حالًّا ، كالبَيْعِ . ولَنا ، أنَّه قد رُوِىَ عن جماعةٍ مِن الصَّحابةِ أنَّهم عَقَدُوا الكتابةَ ، ولم يُنْقَلْ عن واحدٍ منهم عَقْدُها حالَّةً ، ولو جازَ ذلك لم يَتَّفِقُوا على تَرْكِه . ولأنَّ الكِتابَةَ عَقْدُ مُعاوَضَةٍ يَعْجِزُ عن أداءِ عِوَضِها فى الحالِ ، فكان مِن شَرْطِها التَّأْجيلُ ،

الإنصاف

قوله : ولا تصِحُّ إلَّا على عِوَضٍ مَعْلُومٍ . (١)ولو خِدْمَةً أو مَنْفعَةً وغيرَها(١) . قال [٣/١٤٧و] الأصحابُ : مُباحٍ يصِحُّ السَّلَمُ فيه . مُنَجَّمٍ بنَجْمَيْن فصاعِدًا ، يَعْلَمُ قَدْرَ ما يُؤَدِّى فى كُلِّ نَجْمٍ . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّها لا تصِحُّ إلَّا على نَجْمَيْن

(١ – ١) سقط من : ط .

الشرح الكبير

كالسَّلَمِ على أبى حنيفةَ . ولأنَّها عَقْدُ مُعاوَضَةٍ يَلْحَقُه الفَسْخُ ، مِن شَرْطِه ذِكْرُ العِوَضِ ، فإذا وَقَعَ على وَجْهٍ يَتَحَقَّقُ فيه العَجْزُ عن العِوَضِ لم يَصِحَّ ، كما لو أسْلَمَ فى شئٍ [٦/٣٢ ظ] لا يُوجَدُ عندَ مَحِلِّه . ويُفارِقُ البَيْعَ ؛ لأنَّه لا يتحَقَّقُ فيه العَجْزُ عن العِوَضِ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ يَمْلِكُ المَبِيعَ ، والعَبْدَ لا يَمْلِكُ شيئًا ، وما فى يَدِه لسيدِه . وفى التَّنْجِيمِ ، إذا كان أكْثَرَ مِن نَجْمٍ ، حِكْمَتانِ[1] ؛ إحداهُما تَرْجِعُ إلى المُكاتَبِ ، وهو التَّخْفِيفُ عليه ؛ لأنَّ الأداءَ مُفَرَّقًا أسْهَلُ ، ولهذا تُقَسَّطُ الدُّيُونُ على المُعْسِرِينَ عادةً ، تخفيفًا عليهم . والأُخْرَى للسيدِ ، وهى أنَّ مُدَّةَ الكِتابةِ تَطُولُ غالِبًا ، فلو كانت على نَجْمٍ واحدٍ لم يَظْهَرْ عَجْزُه إلَّا فى آخِرِ المُدَّةِ ، فإذا عَجَزَ عادَ إلى الرِّقِّ ، وفاتَتْ مَنافِعُه فى مُدَّةِ الكتابةِ كلِّها على السيدِ[2] ، مِن غيرِ نَفْعٍ حَصَلَ له . وإذا كانت مُنَجَّمةً نُجُومًا ، فعَجَزَ عن النَّجْمِ الأوَّلِ فمُدَّتُه يَسِيرَةٌ ، وإن عَجَزَ عمَّا بعدَه فقد حَصَلَ للسيدِ نَفْعٌ بما أخَذَ مِن النُّجومِ قبلَ عَجْزِه .

إذا ثَبَتَ ذلك ، فأقَلُّه نَجْمان فصاعدًا . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . ونُقِلَ عن أحمدَ ، أنَّه قال : مِن النَّاس من يقولُ : نَجْمٌ واحدٌ . ومنهم مَن يقولُ : نَجْمانِ . ونَجْمانِ أحَبُّ إلىَّ[3] . وهذا يَحْتَمِلُ أن يكونَ معناه أنِّى أذهَبُ

الإنصاف

فصاعِدًا ، يَعْلَمُ قَدْرَ ما يُؤَدِّى فى كُلِّ نَجْمٍ . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و « المُحَرَّرِ »، و « النَّظْمِ »، و « الرِّعايتَيْن »،

---

(١) فى الأصل : « حكمنا أن » .

(٢) فى م : « سيده » .

(٣) فى الأصل : « ولى » .

الشرح الكبير

إلى أنَّه لا يجوزُ إلَّا نَجْمانِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ المُسْتَحَبُّ نَجْمَيْن ، ويجوزُ نَجْمٌ واحدٌ . قال ابنُ أبى موسى : هذا على طريقِ الاخْتِيارِ ، وإن جَعَلَ المالَ كُلَّه فى نَجْمٍ واحدٍ جازَ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يُشْتَرَطُ فيه التَّأْجيلُ ، فجازَ أن يكونَ إلى أجلٍ واحدٍ ، كالسَّلَمِ ، ولأنَّ اعْتِبارَ التَّأْجيلِ ليتمكَّنَ مِن تَسْلِيمِ العِوَضِ ، وهذا يَحْصُلُ بنَجْمٍ واحدٍ . ووَجْهُ الأولِ ، ما رُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : الكِتابةُ على نَجْمَيْن ، والإِيتَاءُ مِن الثَّانى[1] . وهذا يَقْتَضِى أنَّ هذا أقَلُّ ما تجوزُ عليه الكتابةُ ؛ لأنَّ أكْثَرَ مِن نَجْمَيْن جائزٌ بالإِجْماعِ . ورُوِىَ عن عثمانَ أنَّه غَضِبَ على عبدٍ له ، فقال : لأُعاقِبَنَّكَ ، ولأُكاتِبَنَّكَ على نَجْمَيْن . ولو جازَ أقَلُّ مِن هذه لعاقَبَه به فى الظاهِرِ . وفى حديثِ بَريرَةَ ، أنَّها أتَتْ عائشةَ ، فقالت : يا أُمَّ المؤمنين ، إنى كاتَبْتُ أهْلِى على تِسْعِ أواقٍ ، فى كلِّ عامٍ أُوقِيَّةٌ ، فأعِينِينى[2] . ولأنَّ الكِتابةَ مُشْتَقَّةٌ مِن الضَّمِّ ، وهو ضَمُّ نَجْمٍ إلى نَجْمٍ ، فدَلَّ ذلك على افْتِقارِها إلى نَجْمَيْن . والأوَّلُ أقْيَسُ .

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقِيلَ : تصِحُّ على نَجْمٍ واحِدٍ . اخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى . قال فى « الفائقِ » : وهو ظاهِرُ كلامِ الإِمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . [3]وقيل : تصِحُّ أنْ تكونَ على خِدْمَةٍ مُفْرَدَةٍ على مُدَّةٍ واحدَةٍ[3] . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّها لا تصِحُّ إلَّا على عِوَضٍ معْلومٍ ، فلا تصِحُّ على عَبْدٍ

---

(١) عزاه ابن حجر فى تلخيص الحبير ٤/٢١٧ ، لابن أبى شيبة ، ولم نجده فى مصنفه .

(٢) تقدم تخريجه فى ١١/٢٣٤ ، ٢٣٥ .

(٣ - ٣) سقط من : ط .

المقنع

يَعْلَمُ قَدْرَ مَا يُؤَدِّى فِى كُلِّ نَجْمٍ . وَقِيلَ : تَصِحُّ عَلَى نَجْمٍ وَاحِدٍ . وَقَالَ الْقَاضِى : تَصِحُّ عَلَى عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، وَلَهُ الْوَسَطُ .

الشرح الكبير

٢٩٨٣ – مسألة : ويُشْتَرَطُ عِلْمُ ما يُؤَدَّى إليه ، فى كُلِّ نَجْمٍ ، كالثَّمَنِ فى البَيْعِ ، ولِئَلَّا يُفْضِىَ إلى التَّنازُعِ[١] والاخْتِلافِ . ولا يُشْتَرَطُ تَساوِى النُّجُومِ ، فإذا قال : كاتَبْتُك على ألْفٍ إلى عَشْرِ سِنينَ ، تُؤَدِّى عندَ انْقِضاءِ كُلِّ سَنَةٍ مائةً . أو قال : تُؤَدِّى منها مائةً عندَ انْقِضاءِ خَمْسِ سِنِينَ ، وباقِيَها عندَ تَمامِ العَشَرَةِ . أو قال : تُؤَدِّى فى آخِرِ العامِ الأوَّلِ مائةً ، وتِسْعَمائةٍ عندَ انْقِضاءِ السَّنةِ العاشرةِ . فكلُّ ذلك جائزٌ . فإن قال : تُؤَدِّى فى كُلِّ عامٍ مائةً . جازَ ، ويكونُ أجَلُ كُلِّ مائةٍ عندَ[٢] انْقِضاءِ السَّنةِ[٣] . وظاهِرُ قولِ القاضى ، وأصحابِ الشافعىِّ ، أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لم[٤] يُبَيِّنْ وقْتَ الأداءِ مِن العامِ . ولَنا ، قولُ بَرِيرَةَ : كاتَبْتُ [٦/٣٣ و]

الإنصاف

مُطْلَقٍ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ وغيرُه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ونَصَراه ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقالَ القاضى : تصِحُّ على عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، وله الوَسَطُ . وقالَه أصحابُ القاضى . قال فى « الرِّعايتَيْن » : وإنْ كاتَبَه على عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، صحَّ ، فى الأصحِّ ، وله الوَسَطُ . وقال فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وإنْ كاتَبَه على عَبْدٍ مُطْلَقٍ صحَّ ، ووجَب الوَسَطُ . وقِياسُ قَوْلِ أبِى بَكْرٍ بُطْلانُه .

---

(١) فى م : « النزاع » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) بعده فى الأصل : « العاشرة » .

(٤) فى م : « لا » .

الشرح الكبير

أهْلِى على تِسْعِ أوَاقٍ ، فى كلِّ عامٍ أُوقِيَّةٌ . ولأنَّ الأجَلَ إذا عُلِّقَ بمُدَّةٍ ، تَعَلَّقَ بأحَدِ طَرَفَيْها . فإن كان بحَرفِ « إلى » تعَلَّقَ بأوَّلِها ، كقولِه : إلى شَهْرِ رَمضانَ . وإن كان بحَرفِ « فى » ، كان إلى آخرِها ؛ لأنَّه جعَلَ جميعَها وَقْتًا لأدائِها ، فإذا أدَّى فى آخرِها كان مُؤَدِّيًا لها فى وَقْتِها ، فلم يَتَعَيَّنْ عليه الأداءُ قبلَه ، كتأْدِيةِ الصلاةِ فى آخرِ وَقْتِها . وإن قال : تُؤَدِّيها فى عَشْرِ سِنينَ . أو : إلى عَشْرِ سِنينَ . لم يَجُزْ ؛ لأنَّه نَجْمٌ واحدٌ . ومَن أجازَ الكِتابَةَ على نَجْمٍ واحدٍ أجازَه . وإن قال : تُؤَدِّى بَعْضَها فى نِصْفِ المُدَّةِ ، وباقِيَها فى آخرِها . لم يَجُزْ ؛ لأنَّ البَعْضَ يَقَعُ على القَليلِ والكَثيرِ ، فيكونُ مَجْهُولًا .

فصل : وتجوزُ الكِتابةُ على كلِّ[1] مالٍ يجوزُ السَّلَمُ فيه ؛ لأنَّه مالٌ يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ مُؤَجَّلًا فى مُعاوَضَةٍ ، فجاز ذلك فيه ، كعَقْدِ السَّلَمِ . فإن كان مِن الأثْمانِ ، وكان فى البَلَدِ نَقْدٌ واحدٌ ، جازَ إطْلاقُه ؛ لأنَّه يَنْصَرِفُ إليه ، فأشْبَهَ البَيْعَ . وإن كان فيه نُقُودٌ بَعْضُها أغْلَبُ فى الاسْتِعمالِ ، جاز الإطْلاقُ أيضًا ، وانْصَرَفَ إليه عندَ الإطْلاقِ ، كما لو انْفَرَدَ . وإن كانت مُخْتَلِفَةً

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ الكِتابَةَ لا تصِحُّ حالَّةً . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به أكثرُهم . وظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحِ ، أنَّ فيها قَوْلًا بالصِّحَّةِ ؛ فإنَّهما قالا : ولا تجوزُ إلَّا مُؤَجَّلَةً مُنَجَّمَةً ، هذا ظاهِرُ المذهبِ . فدلَّ أنَّ فيها خِلافًا . وهو خِلافُ ظاهِرِ المذهبِ ،

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

مُتَساويةً فى الاسْتِعمالِ ، وَجَبَ بَيانُه بما يَتَمَيَّزُ به مِن[1] غيرِه مِن النُّقودِ . وإن كان مِن غيرِ الأثْمانِ ، وَجَبَ وَصْفُه بما يُوصَفُ به فى السَّلَمِ . فأمَّا ما لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه[1] ، فلا يجوزُ أن يكونَ عِوَضًا فى الكِتابةِ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوضةٍ يَثْبُتُ عِوَضُه فى الذِّمَّةِ ، فلم يَجُزْ بعِوَضٍ مَجْهُولٍ ، كالسَّلَمِ . (وقال القاضى : تَصِحُّ على عبدٍ مُطْلَقٍ ، وله الوَسَطُ) إذا كاتَبَه على عبدٍ مُطْلَقٍ ، لم يَصِحَّ . ذَكَرَه أبو بكرٍ . وهو قولُ الشافعىِّ ، [2]وقال القاضى[2] : يجوزُ فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ؛ لأنَّ العِتْقَ لا يَلْحَقُه الفَسْخُ ، فجازَ أن يكونَ الحَيَوانُ المُطْلَقُ عِوَضًا فيه، كالعَقْلِ . ولَنا ، أنَّ ما لا يجوزُ أن يكونَ عِوَضًا فى البَيْعِ والإجارةِ لا يجوزُ

الإنصاف

واخْتارَه فى « الفائقِ » ، فقال : والمُخْتارُ صِحَّةُ الكِتابَةِ حالَّةً . وقال فى « التَّرْغيبِ » : فى كِتابَةِ مَن نِصْفُه حُرٌّ ، حالَّةً ، وَجْهان . فعلى المذهبِ ، فى جَوازِ تَوْقيتِ النَّجْمَيْن بساعتَيْن وعدَمِه ، فيُعْتَبَرُ ما لَه وَقْعٌ فى القُدْرَةِ على الكَسْبِ ، فيه خِلافٌ فى « الانْتِصارِ » . قلتُ : الصَّوابُ الثَّانى . وإنْ كان ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ الأوَّلَ . وتقدَّم فى أواخِرِ العِتْقِ ، هل يصِحُّ شراءُ العَبْدِ نفْسَه مِن سيِّدِه بمالٍ فى يَدِه ، أمْ لا ؟ وعلى المذهبِ أيضًا ، تكونُ الكِتابَةُ باطِلَةً مِن أصْلِها ، على الصَّحيحِ . ذكَرَه القاضى ، والشَّريفُ ، وأبو الخَطَّابِ ، وغيرُهم . وصرَّح ابنُ عَقِيلٍ بأنَّ الإخْلالَ بشَرْطِ النُّجومِ يُبْطِلُ العَقْدَ . وذكَر صاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، أنَّ الكِتابَةَ تصِيرُ فاسِدَةً ، ولا تبْطُلُ مِن أصْلِها . ويأْتى الإشْكالُ فيما إذا كاتبَه على عِوَضٍ مَجْهولٍ ، أنَّها تكونُ فاسِدَةً لا باطِلَةً ، آخِرَ البابِ .

---

(1) سقط من : الأصل .

(2 - 2) سقط من : م .

المقنع

وَتَصِحُّ عَلَى مَالٍ وَخِدْمَةٍ ، سَوَاءٌ تَقَدَّمَتِ الْخِدْمَةُ أَوْ تَأَخَّرَتْ .

الشرح الكبير

أن يكونَ عِوَضًا فى الكِتابةِ ، كالثَّوْبِ المُطْلَقِ ، ويُفارِقُ العَقْلَ ؛ لأنَّه بَدَلُ مُتْلَفٍ مُقَدَّرٍ فى الشَّرْعِ ، وهٰهُنا عِوَضٌ فى عَقْدٍ ، أشْبَه البَيْعَ . ولأنَّ الحيوانَ الواجبَ فى العَقْلِ ليسَ بحيوانٍ مُطْلَقٍ ، بل هو مُقَيَّدٌ بجنْسِه وسِنِّه ، فلم يَصِحَّ الإِلْحاقُ به ، ولأنَّ الحيوانَ المُطْلَقَ لا تجوزُ الكِتابةُ عليه بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه ، وإنَّما الخِلافُ فى العبدِ المُطْلَقِ ، ولم يَرِدِ الشَّرْعُ به بَدَلًا فى مَوْضِعٍ عَلِمْناه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ مَن صَحَّحَ[1] الكِتابةَ به أوْجَبَ له عَبْدًا وسطًا ، وهو السِّنْدِىُّ ، ويكونُ وَسَطًا مِن السِّنْدِيِّين فى قِيمَتِه ، كقَوْلِنا فى الصَّدَاقِ .

ولا تَصِحُّ الكِتابةُ على حيوانٍ مُطْلَقٍ غيرِ العبدِ ، فيما عَلِمْنا ، ولا على ثَوْبٍ ، ولا دارٍ ، ولذلك لا تجوزُ على ثَوْبٍ مِن ثِيابِه ، ولا عِمامةٍ مِن عَمائمِه ، ولا غيرِ ذلك مِن المَجْهُولاتِ . وممَّن اخْتارَ الكِتابةَ على العبدِ ، الحَسَنُ ، وسعيدُ بنُ جُبَيْرٍ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، وابنُ سيرينَ . ورُوِىَ عن أبى بَرْزَةَ ، وحَفْصَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهما .

٢٩٨٤ – مسألة : (وتَصِحُّ على مالٍ وخِدْمةٍ ، سواءٌ تَقَدَّمَتِ الخِدْمَةُ [٣٣/٦ ظ] أو تَأَخَّرَتْ) تجوزُ الكِتابةُ على المنافعِ المُباحَةِ ؛ لأنها

الإنصاف

قوله : وتصِحُّ على مالٍ وخِدْمَةٍ ، سواءٌ تقَدَّمَتِ الخِدْمَةُ أَوْ تأَخَّرَتْ . يعْنِى ، تصِحُّ الكِتابَةُ على مالٍ مع خِدْمَةٍ ، ويُشْترَطُ كوْنُ المالِ مُؤَجَّلًا ، بخِلافِ الخِدْمَةِ ،

---

(١) فى الأصل : « صحة » .

الشرح الكبير

أَحَدُ العِوَضَيْن فى الإِجَارَةِ ، فجاز أن تكونَ عِوَضًا فى الكتابةِ ، كالأثْمانِ . ويُشْتَرَطُ العِلْمُ بها كما يُشْتَرَطُ فى الإِجارَةِ ؛ فإن كاتَبَه على خِدْمةِ شَهْرٍ ودِينارٍ ، صَحَّ ، ولا يَحْتاجُ إلى ذِكْرِ الشهرِ وكَونِه عَقِيبَ العَقْدِ ؛ لأَنَّ الإِجارَةَ تَقْتَضِيه . فإن عَيَّنَ الشَّهْرَ بوقتٍ لا يَتَّصِلُ بالعَقْدِ ، مثلَ أن يُكاتِبَه فى المُحَرَّمِ على خِدْمَتِه فى رَجَبٍ ودِينارٍ ، صَحَّ أيضًا ، كما يجوزُ أن يُؤْجِرَه دارَه شَهرَ رَجَبٍ فى المُحَرَّمِ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : لا يجوزُ على شَهْرٍ لا يَتَّصِلُ بالعَقْدِ . ويَشْتَرِطون ذِكْرَ ذلك ، ولا يُجَوِّزُون إطْلاقَه ، بناءً على قَوْلِهم فى الإِجارَةِ . وقد سَبَقَ الكلامُ فيه ، والخِلافُ فى باب الإِجارَةِ[1] . ويُشْتَرَطُ كونُ الدِّينارِ المذْكُورِ مُؤَجَّلًا ؛ لأَنَّ الأَجَلَ شَرْطٌ فى عَقْدِ الكتابةِ . فإن جعَلَ مَحِلَّ الدِّينارِ بعدَ الشَّهْرِ بيومٍ أو أكْثَرَ ، صَحَّ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . وإن جَعَلَ مَحِلَّه فى الشَّهْرِ أو بعدَ انْقِضائِه ، صَحَّ أيضًا . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشافعىِّ . وقال القاضى : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّه يكونُ نَجْمًا واحدًا . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ الخِدْمَةَ كُلَّها لا تكونُ فى وَقْتِ مَحِلِّ الدِّينارِ ، وإنَّما يُوجَدُ جُزْءٌ منها يَسِيرٌ مُقارِبًا له ، وسائِرُها فيما سِواه ، ولأَنَّ الخِدْمَةَ بمَنْزِلَةِ العِوَضِ الحاصِلِ فى ابْتِداءِ مُدَّتِها ، ولهذا يَسْتَحِقُّ عِوَضَها

الإنصاف

لكِنْ لو جَعَلَ الدَّيْنَ بعدَ فراغِ الخِدْمَةِ بيَوْمٍ أو أكْثَرَ ، صحَّ ؛ وإنْ جعَلَ مَحِلَّه فى الخِدْمَةِ أو عندَ انْقِضائِها ، صحَّ أيضًا ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهم ، ونَصَرُوه .

---

(١) انظر ما تقدم فى ١٤/٣٥٤ .

الشرح الكبير

جميعَه ، ويكونُ مَحِلُّها غير مَحِلِّ الدِّينارِ ، وإنَّما جازَتْ[1] حالَّةً ؛ لأنَّ المَنْعَ مِن الحُلولِ فى غيرِها ؛ لأجْلِ العَجْزِ عنه فى الحالِ ، وهذا غيرُ مَوْجُودٍ فى الخِدْمَةِ ، فجازَتْ حالَّةً . وإن جَعَلَ مَحلَّ الدِّينارِ قبلَ الخِدْمَةِ ، وكانتِ الخِدْمَةُ غيرَ مُتَّصِلةٍ بالعَقْدِ ، بحَيْثُ يكونُ الدِّينارُ مُؤَجَّلًا والخِدْمَةُ بعدَه ، جازَ . وإن كانتِ الخِدْمَةُ مُتَّصِلةً بالعَقْدِ ، لم يُتَصَوَّرْ كونُ الدِّينارِ قبلَه ، ولم يَجُزْ فى أوَّلِه ؛ لأنَّه يكونُ حالًّا . ومن شَرْطِه[2] التَّأْجِيلُ .

فصل : إذا كاتَبَ السيدُ عبدَه على خِدْمَةٍ مُفْرَدَةٍ فى مُدَّةٍ واحِدةٍ ، مثلَ أن يُكاتِبَه على خِدْمَةِ شَهْرٍ بعَيْنِه ، أو سَنَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، فحُكْمُه حُكْمُ الكِتابةِ على نَجْمٍ واحدٍ ، على ما مَضَى مِن القولِ فيه[3] . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ كالكِتابةِ على أنْجُمٍ ؛ لأنَّ الخِدْمَةَ تُسْتَوْفَى فى أوقاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ[4] ، بخِلافِ المالِ . وإن جَعَلَه على شَهْرٍ بعدَ شَهْرٍ ، كأن كاتَبَه فى أوَّلِ المُحَرَّمِ على خِدْمَتِه فيه وفى رَجَبٍ ، صَحَّ ؛ لأنَّه على نَجْمَيْن . وإن كاتَبَه على مَنْفَعَةٍ فى الذِّمَّةِ مَعْلُومَةٍ ، كخِياطَةِ ثَوْبٍ عَيَّنَه ، أو بناءِ حائِطٍ وَصَفَه ، صَحَّ أيضًا ، إذا كانت على نَجْمَيْنِ . وإن قال : كاتَبْتُكَ على أن تَخْدُمَنِى هذا الشَّهْرَ ، وخِيَاطَةِ كذا[5] عَقِيبَ الشَّهْرِ . صَحَّ فى قولِ الجَميعِ . وإن قال : على

الإنصاف

وقال القاضى : لا تصِحُّ ؛ لأنَّه يكونُ نجمًا واحدًا . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايتَيْن » ،

---

(١) بعده فى م : « له » .

(٢) فى الأصل : « شرط » .

(٣) تقدم الكلام عليه فى صفحة ٢٠٥ .

(٤) فى م : « مفرقة » .

(٥) بعده فى م : « على » .

الشرح الكبير

أن تَخدِمَنِى شَهْرًا مِن وَقْتِى هذا ، وشهرًا عَقِيبَ هذا الشهرِ . صَحَّ أيضًا . وعندَ الشافعىِّ ، لا يَصِحُّ . ولَنا . أنَّه كاتَبَه على نَجْمَين ، فصَحَّ ، كالتى قبلَها .

فصل : وإذا كاتَبَ العبدَ وله مالٌ ، فمالُه لسَيدِه ؛ إلَّا أن يَشْتَرِطَه المُكاتَبُ . (١)فإن كان(١) له سُرِّيَّةٌ أو وَلَدٌ ، فهو لسيدِه . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، والحسنُ بنُ صالِحٍ ، وأبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ ، والشافعىُّ . وقال [٣٤/٦ و] الحسنُ ، وعطاءٌ ، والنَّخَعِىُّ ، وسُليمانُ بنُ موسى ، وعمرُو بنُ دينارٍ ، ومالكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، فى المكاتَبِ : مالُه له . ووافَقَنا(٢) عَطاءٌ ، وسليمانُ بنُ موسى ، والنَّخَعِىُّ ، وعمرُو بنُ دينارٍ ، ومالكٌ ، فى الوَلَدِ ، واحْتُجَّ لهم بما رَوَى ابنُ عمرَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « مَن أعْتَقَ عَبْدًا ولَهُ مالٌ ، فالمالُ لِلعَبْدِ »(٣) . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وله مالٌ ، فَمَالَهُ للبَائِعِ ، إلَّا أن يَشْتَرِطَه المُبْتَاعُ » مُتَّفَقٌ عليه(٤) ، والكِتابةُ بَيْعٌ . ولأنَّه باعَه نَفْسَه ، فلم يَدْخُلْ معه غيرُه ، كوَلَدِه و(٥) أقارِبِه ، ولأنَّه هو ومالُه كانا لسيدِه ، فإذا وَقَعَ العَقْدُ على أحَدِهما بَقِىَ

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم .

(١ - ١) فى الأصل : « وإن كاتب » .

(٢) فى الأصل : « ووافقا » .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩ .

(٤) تقدم تخريجه فى ٣٠٣/٦ .

(٥) فى الأصل : « أو » .

وَإِذَا أَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، أَوْ أُبْرِئَ مِنْهُ ، عَتَقَ ، .... المقنع

الشرح الكبير

الآخرُ على ما كان عليه ، كما لو باعه لأجْنبىٍّ . وحديثُهم ضَعِيفٌ ، قد ذَكَرْنا ضَعْفَه .

٢٩٨٥ – مسألة : (وإذا أدَّى ما كُوتِبَ عليه ، أو أُبْرِئَ منه ، عَتَقَ) لأنَّه لم يَبْقَ لسيدِه عليه شىءٌ ، ولا يَعْتِقُ قبلَ أداءِ جَمِيعِ الكِتابةِ . هذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ؛ لمَا روَى عمرُو بنُ شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّه ، أنَّ النبىَّ ﷺ ، قال : « المُكاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِىَ عليه دِرْهَمٌ » . رَواه أ بو داودَ[1] . دَلَّ بمَنْطُوقِه على أنَّه لا يَعْتِقُ حَتَّى يُؤَدِّىَ جَمِيعَ كِتابتِه ، وبمفْهُومِه على أنه إذا أدَّى كتابَتَه لا يَبْقَى عَبْدًا . قال أحمدُ فى عبدٍ بينَ[2] رَجُلَيْن كاتَباه على ألفٍ فأدَّى تِسْعَمائةٍ ، ثم أعْتَقَ أحَدُهما نَصِيبَه ، قال : يَعْتِقُ إلَّا نِصْفَ المائةِ . وقد رُوِىَ عن عمرَ ، و ابنِه، وزَيدِ بنِ ثابتٍ ،

الإنصاف

فائدة : تصِحُّ الكِتابَةُ على مَنْفَعَةٍ مُفْرَدَةٍ مُنَجَّمَةٍ ؛ كخِدْمَةٍ ، وعَمَلٍ فى الذِّمَّةِ ؛ كخِياطَةٍ ونحوِها . قالَه الأصحابُ . ولِلمُصَنِّفِ احْتِمالٌ بصِحَّتِها على مَنْفَعةٍ مُفْرَدَةٍ مُدَّةً واحِدَةً .

قوله : وإنْ أَدَّى ما كُوتِبَ عليه ، أو أُبرِئَ منه ، عتَق . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ،

(١) تقدم تخريجه فى ٦/٣٠٠ .

(٢) سقط من : م .

المقنع وَمَا فَضَلَ فِي يَدِهِ فَهُوَ لَهُ . وَعَنْهُ ، [١٩٦و] أَنَّه إِذَا مَلَكَ مَا يُؤَدِّي صَارَ حُرًّا ، وَيُجْبَرُ عَلَى أَدَائِهِ .

الشرح الكبير وعائشةَ ، وسعيدِ بن المُسَيَّبِ ، والزُّهْرِيِّ ، أنَّهم قالوا : المُكاتَبُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ . رَواه عنهم الأثْرَمُ[١] . وبه قال القاسمُ ، [٢]وسالمٌ[٢] ، وسليمانُ بنُ يَسارٍ ، وعطاءٌ ، وقَتادةُ ، والثَّوْرِيُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، ومالكٌ ، والأوْزَاعِيُّ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . ورُوِيَ ذلك عن أُمِّ سَلَمَةَ . ورَوَى سَعيدٌ بإسْنادِه ، عن أبي قِلابَةَ ، قال : كُنَّ[٣] أزواجَ النبيِّ ﷺ لا يَحْتَجِبْنَ مِن مُكاتَبٍ ما بَقِيَ عليه دينارٌ[٤] . وبإسْنادِه عن عَطاءٍ ، أن ابنَ عمرَ كاتَبَ غُلامًا على ألفِ دينارٍ ، فأدَّى إليه تِسْعَمائةِ دِينارٍ ، وعَجَزَ عن مائةِ دِينارٍ ، فرَدَّه ابنُ عمرَ في الرِّقِّ[٥] .

٢٩٨٦ - مسألة : (وما فَضَلَ في يَدِه فهو له) لأنَّه كان له قبلَ العِتْقِ ، فبَقِيَ على ما كان (وعنه ، أنَّه إذا مَلَكَ ما يُؤَدِّي صار حرًّا) لما

الإنصاف و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وعنه ، إذا ملَك مايُؤَدِّي ، صارَ حُرًّا ، ويُجْبَرُ على أدائِه .

---

(١) وأخرجه عنهم البيهقي ، في : باب المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٤/١٠ ، ٣٢٥ . وأخرجه عن ابن عمر وزيد وعائشة عبدُ الرزاق ، في : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب . المصنف ٤٠٨/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب في المكاتب عبد ما بقي عليه شيء ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ١٤٦/٦ ، ١٤٧ .
(٢ - ٢) سقط من : م .
(٣) في م : « كذا » .
(٤) في م : « درهم » . والحديث أخرجه البيهقي ، في : باب المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٢٥/١٠ .
(٥) وأخرجه البيهقي ، في : باب عجز المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٤١/١٠ .

الشرح الكبير

رَوَتْ أُمُّ سَلمَةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ ، قال : « إذا كان لإحْداكُنَّ مُكَاتَبٌ ، فكانَ عندَه ما يُؤدِّى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ » . رَواه التِّرْمِذِىُّ[1] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . فأمَرَهُنَّ بالحِجابِ بمُجَرَّدِ مِلْكِه لما يُؤَدِّيه . ولأنه مالِكٌ لمالِ الكِتابةِ ، أشْبَهَ ما لو أدَّاه . فعلى هذا ، متى امْتَنَعَ مِن الأداءِ ، أجْبَرَه الحاكِمُ عليه ، كسائِرِ الدُّيونِ الحالَّةِ على القَادِرِ عليها . فإن هَلَكَ ما فى يَدَيْه قبلَ الأداءِ صار دَيْنًا فى ذِمَّتِه ، وقد صار حُرًّا . والصَّحِيحُ أنَّه لا يَعْتِقُ حتىَّ يُؤَدِّىَ . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن حديثِ عمرِو بن شُعَيْبٍ . ورَوَى سَعيدٌ[2] بإسْنادِه ، عن النبىِّ ﷺ ، قال : « أيُّما عَبْدٍ كانَتْ عليه مائةُ أوقِيَّةٍ فأدَّاهَا إلَّا عَشْرَةَ أوَاقٍ ، فهو عَبْدٌ ، [3]وأيُّما عبدٍ كاتَبَ على مائةِ دِينارٍ ، فأدَّاها إلَّا عَشَرَةَ دنانيرَ ، فهو عبدٌ[3] » . وفى رِوايةٍ « مَن كاتَبَ عَبْدَه على [٣٤/٦ ظ] مائةِ أوقِيَّةٍ ، فأدَّاها إلَّا عَشْرَ أواقٍ - أو قال - إلَّا عَشَرَةَ دَراهِمَ ، ثم عَجَزَ ، فهو رَقِيقٌ » . رَواه التِّرْمِذِىُّ[4] . وقال : هذا حديثٌ غريبٌ . ولأنَّه عِتْقٌ عُلِّقَ

الإنصاف

فائدة : لو أبْرَأه بعضُ الوَرَثَةِ مِن حَقِّه منها ، وكان مُوسِرًا ، عتَق عليه كُلُّه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يَعْتِقُ .

---

(١) تقدم تخريجه فى ٣٨٠/١٨ .

(٢) تقدم تخريجه فى ٣٠٠/٦ . من حديث « المكاتب عبد ... » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) تقدم تخريجه فى ٣٠٠/٦ .

الشرح الكبير

بِعِوَضٍ ، فلم يَعْتِقْ قبلَ أدائِه ، كما لو قال : إذا أدَّيتَ إلىَّ ألفًا فأنتَ حُرٌّ . فعلى هذه الرِّوايةِ ، إذا أدَّى عَتَقَ ، وإن لم يُؤَدِّ لم يَعْتِقْ . فإنِ امْتَنَعَ مِن الأداءِ ، فقال أبو بكرٍ : يُؤَدِّيهِ الإمامُ عنه ، ولا يكونُ ذلك عَجْزًا ، ولا يَمْلِكُ السيدُ الفَسْخَ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . ويَحْتَمِلُ أنَّه إذا لم يُؤَدِّ عَجَّزَهُ السيدُ إن أحَبَّ ، وعاد عَبْدًا غيرَ مُكاتَبٍ . ونحوَه قال الشافعىُّ ، فإنَّه قال : إن شاء عَجَّزَ نَفْسَه وامْتَنَعَ مِن الأداءِ . ووَجْهُ ذلك ، أنَّ العَبْدَ لا يُجْبَرُ على اكْتِسابِ ما يُؤَدِّيه فى الكِتابَةِ ، فلا يُجْبَرُ على الأداءِ ، كسائِرِ العُقُودِ الجائِزَةِ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّه قد ثَبَتَ للعبدِ اسْتِحْقاقُ الحُرِّيةِ بمِلْكِ ما يُؤَدِّى ، فلم يَمْلِكْ إبْطالَها ، كما لو أدَّى . فإن تَلِفَ المالُ قبلَ أدائِه جازَ تَعْجِيزُه واسْتِرْقاقُه ، وَجْهًا واحدًا .

فصل : إذا أبْرأهُ السيدُ مِن مالِ الكِتابةِ ، بَرِئَ وعَتَقَ ؛ لأنَّ ذِمَّتَه خَلَتْ مِن مالِ الكِتابةِ ، فأشْبَهَ ما لو أدَّاه . وإن أبْرأَه مِن بعضِه ، بَرِئَ منه ، وهو على الكِتابةِ فيما بَقِىَ ؛ لأنَّ الإبْراءَ كالأداءِ . فإن كاتَبَه على دنانِيرَ فأبْرأه مِن دَراهِمَ ، أو بالعَكْسِ ، لم تَصِحَّ البراءَةُ ؛ لأنَّه أبْرأَه ممَّا لا يَجِبُ عليه ، إلَّا أن يُرِيدَ بقَدْرِ ذلك مما لِىَ عليك . فإنِ اخْتَلَفا ، فقال المُكاتَبُ : إنما أرَدْتَ مِن قِيمَةِ ذلك . وقال السيدُ : بل ظَنَنْتُ أنَّ لِى عليك النَّقْدَ الذى أبْرأْتُكَ منه ، فلم تَقَعِ البراءَةُ مَوضِعَها . فالقولُ قولُ السيدِ مع يَمينِه ؛ لأنَّه أعْرَفُ بنيَّتِه . فإن مات السيدُ واخْتَلَفَ المُكاتَبُ والوَرَثَةُ ، فالقولُ قولُهم مع أيْمانِهم ويَحْلِفونَ على نَفْىِ العِلْمِ . وإن مات المُكاتَبُ واخْتَلَفَ وَرَثَتُه وسَيدُه ، فالقولُ قولُ السيدِ ؛ لِما ذَكَرْنا .

المقنع

فَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الْأَدَاءِ كَانَ مَا فِى يَدِهِ لِسَيِّدِهِ ، فِى الصَّحِيحِ عَنْهُ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ، لِسَيِّدِهِ بَقِيَّةُ كِتَابَتِهِ ، وَالْبَاقِى لِوَرَثَتِهِ .

الشرح الكبير

٢٩٨٧ – مسألة : (فلو مات قبلَ الأداءِ كان ما فى يَدِه لسيدِه ، فى الصَّحِيحِ عنه . وعلى الرِّوايةِ الأُخْرَى ، لسيدِه بَقِيَّةُ كِتابتِه ، والباقِى لوَرَثَتِه) هذه المسألةُ تُشْبِهُ أن تكونَ مَبْنِيَّةً على المسألةِ التى قبلَها ، إن قُلْنا : إنَّه (١)لا يَعْتِقُ(١) بمِلْكِ ما يُؤَدِّى . فقد ماتَ رَقِيقًا وانفَسخَتِ الكِتابةُ(٢) بمَوتِه ، وكان ما فى يَدِه لسيدِه . وإن قُلْنا : إنَّه عَتَقَ بملكِ ما يُؤَدِّى . فقد مات حرًّا ، وعليه لسيدِه بَقِيَّةُ كِتابتِه ؛ لأنَّه دَيْنٌ له عليه ، والباقِى لوَرَثَتِه . قال القاضى : الأصَحُّ أنَّ الكِتابةَ تَنْفَسِخُ بموتِه ، ويموتُ عَبدًا ، وما فى يَدِه لسيدِه . رَواه الأثْرَمُ بإسْنادِه ، عن عمرَ ، وزيدٍ ، والزُّهْرِىِّ(٣) . وبه قال : إبراهيمُ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، وقَتادةُ ، والشافعىُّ ؛ لِما ذَكَرْناه فى التى قَبلَها . ولأنَّه مات قبلَ أداءِ مالِ الكتابةِ ، فوَجَبَ أن تَنْفَسِخَ ، كما لو لم يكُنْ له مالٌ ، وكما لو عَلَّقَ عِتْقَه بأداءِ ألفٍ فماتَ قبلَ أدائِها . وعنه ، أنَّه يَعْتِقُ ويموتُ حُرًّا ، فيكونُ لسيدِه بَقِيَّةُ كتابتِه ، والباقِى لوَرَثَتِه . رُوِىَ

الإنصاف

قوله : فلو ماتَ قبلَ الأداءِ كان ما فى يَدِه لسَيِّدِه . فى الصَّحيحِ عنه . وهذا مُفَرَّعٌ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ؛ وهو أنَّه إذا ملَك ما يُؤَدِّى عن كِتابَتِه و لم يُؤَدِّه ،

(١ – ١) فى م : « عتق » .

(٢) فى م : « كتابته » .

(٣) وأخرجه عنهم البيهقى ، فى : باب موت المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ١٠/ ٣٣١ ، ٣٣٢ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى مكاتب مات وترك ولدا أحرارا ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٦/ ٤١٦ . وأخرجه عن زيد ، عبد الرزاق ، فى : باب ميراث ولد المكاتب وله ولد أحرار ، من كتاب المكاتب . المصنف ٨/ ٣٩٢ .

الشرح الكبير

ذلك عن علىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، ومعاويةَ[1] . وبه [٣٥/٦ و] قال عطاءٌ ، والحسنُ ، وطاوُسٌ ، وشُرَيْحٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والحسنُ بنُ صالحٍ ، ومالكٌ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، إلَّا أنَّ أبا حنيفةَ قال : يكونُ حُرًّا فى آخِرِ جُزْءٍ مِن حَياتِه . وهذا قولُ القاضى . ووَجْهُ هذهِ الرِّوايةِ ، ما تَقَدَّمَ فى التى قبلَها . و[2]لأنَّها مُعاوَضَةٌ لا تَنْفَسِخُ بموتِ أحَدِ المُتَعاقِدَيْن ، فلا تَنْفَسِخُ بمَوتِ الآخَرِ ، كالبَيْعِ ، ولأنَّ العَبْدَ أحدُ مَن تَمَّتْ به الكِتابةُ ، فلم تَنْفَسِخْ بموتِه ، كالسيدِ . والأوَّلُ أوْلَى . وتُفارِقُ الكِتابةُ البَيْعَ ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ مِن المُتَعاقِدَيْن غيرُ مَعْقُودٍ عليه ، ولا يَتَعَلَّقُ العَقْدُ بعَيْنِه ، فلم يَنْفَسِخْ بتَلَفِه ، والمُكاتَبُ هو المعقودُ عليه ، والعَقدُ مُتَعَلِّقٌ بعَيْنِه ، فإذا تَلِفَ قبلَ تَمامِ الأداءِ انْفَسَخَ العَقْدُ ، كما لو تَلِفَ المَبِيعُ قبلَ قَبضِه ، ولأنَّه مات قبلَ وُجودِ شَرْطِ حُرِّيَتِه ، ويَتَعَذَّرُ وُجودُها بعدَ موتِه . فأمَّا إن مات ولم يُخَلِّفْ وفاءً ، فلا خِلافَ فى المذهبِ أنَّ الكتابةَ تَنْفسخُ بمَوتِه ، ويَمُوتُ عَبْدًا . وما فى يَدِه لسيدِه . وهو قولُ أهلِ الفَتاوى مِن

الإنصاف

لم يَعْتِقْ ، فإذا ماتَ قبلَ الأداءِ ، انْفَسَخَتِ الكِتابَةُ ، وكان ما فى يَدِه لسَيِّدِه . وعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ ؛ وهى أنَّه إذا ملَك ما يُؤَدِّى ، يَصِيرُ حُرًّا قبلَ الأداءِ ، فإذا ماتَ قبلَ الأداءِ ، كان لسَيِّدِه بَقِيَّةُ كِتابَتِه ، والباقى لوَرَثَةِ المَيِّتِ ، فلا تَنْفَسِخُ الكِتابَةُ . واخْتارَه

(١) أخرجه عنهم عبد الرزاق ، فى : باب ميراث ولد المكاتب ... ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٩١/٨ ، ٣٩٣ ، ٣٩٤ . وأخرجه ، عن على ومعاوية ، البيهقى ، فى : باب موت المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٣١/١٠ ، ٣٣٢ . وعن ابن مسعود ، ابن أبى شيبة ، فى : باب فى مكاتب مات وترك ولدا أحرارا ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٤١٥/٦ - ٤١٧ .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

أئمةِ الأمْصارِ ، إلَّا أن يَموتَ بعدَ أداءِ ثَلاثَةِ أرْباعِ الكِتابةِ عندَ أبى بكرٍ ، والقاضى ، ومَن وافقَهما ، فإنَّه يَموتُ حُرًّا فى مقْتضَى قولِهم ، وسَنَذْكُرُ ذلك ، إن شاء اللهُ تعالى . وقال مالكٌ : إن كان له وَلَدٌ حرٌّ انْفَسَخَتِ الكِتابةُ ، وإن كان مَمْلوكًا فى كتابَتِه أُجْبِرَ على دَفْعِ المالِ إن كان لَه مالٌ ، وإن لم يَكُنْ له أُجْبِرَ على الاكْتِسابِ والأداءِ .

فصل : ولا تَنْفَسِخُ الكِتابةُ بالجُنونِ ؛ لأنَّها عَقْدٌ (١)لازمٌ ، فلم(١) تَنْفَسِخْ بالجُنُونِ ، كالرَّهْنِ . وفارَقَ الموتَ ؛ لأنَّ العَقْدَ على العَيْنِ ، والموتُ يُفَوِّتُ العَيْنَ ، بخِلافِ الجُنُونِ ، ولأنَّ القَصْدَ مِن الكِتابةِ العِتْقُ ، والموتُ يُنافِيه ، ولهذا لا يَصِحُّ عِتْقُ المَيِّتِ والجُنونُ لا يُنافِيه ، بدليلِ صِحَّةِ عِتْقِ المَجْنُونِ . فعلى هذا ، إن أدَّى إليه المالَ عَتَقَ ؛ لأنَّ السيدَ إذا قَبَضَ منه فقدِ اسْتَوْفَى حَقَّه الذى كان عليه ، وله أخْذُ المالِ مِن يَدِه ، فيَتَضَمَّنُ ذلك بَراءَتَه مِن المالِ ، فيَعْتِقُ بحكمِ العَقْدِ ، وإن لم يُؤَدِّ إليه ، كان للسيدِ أن يُحْضِرَه عندَ الحاكِمِ . وتَثْبُتُ الكِتابةُ بالبَيِّنَةِ ، فيَبْحَثُ الحاكمُ عن مالِه ، فإن وَجَدَ له مالًا سَلَّمَه فى الكِتابَةِ وعَتَقَ ، وإن لم يَجِدْ له مالًا جَعَلَ له أن

الإنصاف

هنا أبو بَكْرٍ ، وأبو الخَطَّابِ . لكِنْ هل يسْتَحِقُّه السَّيِّدُ حالًّا ، أو هو على نُجومِه ؟ فيه رِوايَتان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . قلتُ : هى شَبِيهَةٌ بمَن ماتَ وعليه دَيْنٌ ، على ما تقدَّم فى بابِ الحَجْرِ . وتقدَّم فى ذِكْرِ أهْلِ الزَّكاةِ ؛ إذا عجَز ورَقَّ ونحوُه ، وكان بيَدِه مالٌ أخذَه مِنَ الزَّكاةِ ، هل يكونُ لسَيِّدِه أو لمَن أخذَه منه ؟

(١ - ١) فى الأصل : « لم » .

الشرح الكبير

يُعَجِّزَه ، ويُلْزِمَه الإنْفاقَ عليه ؛ لأنَّه عاد قِنًّا ، ثم إن وَجدَ له الحاكمُ بعدَ ذلك مالًا يَفِى بمالِ الكِتابةِ ، أبْطَلَ فَسْخَ السيدِ ؛ لأنَّ (1"الباطنَ بان1") بخِلافِ ما حَكَمَ به ، فبَطَلَ حُكْمُه ، كما إذا أخطأ النَّصَّ وحَكَم بالاجْتِهادِ ، إلَّا أنه يَرُدُّ على السيدِ ما أنْفَقَه مِن حينِ الفَسْخِ ؛ لأنه لم يكُنْ مُسْتَحَقًّا عليه فى الباطِنِ . وإن أفاقَ ، فأقامَ البَيِّنَةَ أنَّه كان(2) قد دَفَعَ إليه مالَ الكِتابةِ ، بَطَلَ أيضًا ، ولا يَرُدُّ عليه ما أنفقَه ؛ لأنَّه أنْفقَ عليه مع عِلْمِه بحُرِّيتِه ، فكان مُتطَوِّعًا بذلك ، فلم يَرْجِعْ به . ويَنْبَغِى أن يَسْتَحْلِفَ الحاكمُ السيدَ أنَّه ما اسْتَوْفَى مالَ الكِتابةِ . وهذا قولُ أصْحابِ الشافعىِّ . ولم يذكُرْه أصحابُنا ، وهو حسنٌ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّه اسْتَوْفاه ، والمجْنُونُ لا يُعَبِّرُ عن نَفْسِه فيَدَّعِيه ، [٦/٣٥ ظ] فيقومُ الحاكِمُ مَقامَه فى اسْتِحْلافِه عليه .

فصل : وقَتْلُ المُكاتَبِ كمَوْتِه فى انْفِساخِ الكِتابةِ ، على ما أسْلَفْنا مِن الخِلافِ ، سواءٌ كان القَاتِلُ السيدَ ، أو الأجْنَبِىَّ . ولا قِصاصَ على قاتِلِه الحُرِّ ؛ لأنَّ المُكاتَبَ عبدٌ ما بَقِىَ عليه دِرْهَمٌ ؛ للحديثِ(3) . فإن كان القَاتِلُ سيدَه ، ولم يُخَلِّفْ وَفاءً ، انْفَسَخَتِ الكِتابةُ ، وعادَ ما فى يَدِه إلى سَيدِه ، ولم يَجِبْ عليه شىءٌ ؛ لأنَّه لو وَجَبَ لوَجَبَ له . فإن قِيلَ : فالقاتِلُ

الإنصاف ....

(1 - 1) فى م : « الباطل » .

(2) سقط من : الأصل .

(3) تقدم تخريجه فى ٦/٣٠٠ .

المقنع

وَإِذَا عُجِّلَتِ الْكِتَابَةُ قَبْلَ مَحِلِّهَا ، لَزِمَ السَّيِّدَ الْأَخْذُ ، وَعَتَقَ .

الشرح الكبير

لا يَسْتَحِقُّ بالقَتلِ شيئًا مِن تَرِكَةِ المقْتُولِ . قُلْنا : هٰهُنا لا يَرْجِعُ إليه مالُ المُكاتَبِ مِيراثًا ، بل بحُكْمِ مِلْكِه عليه لزوالِ الكِتابةِ ، وإنَّما يُمْنَعُ القاتِلُ الميراثَ خاصَّةً ، ألا تَرَى أنَّ مَن له دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، إذا قَتَلَ مَن عليه الحَقُّ حلَّ الدَّيْنُ ، في رِوايَةٍ ، وأُمَّ الوَلَدِ إذا قَتَلَتْ سيدَها عَتَقَتْ . وإن كان المُكاتَبُ قد خَلَّفَ وفاءً ، وقُلْنا : إن الكِتابَةَ تَنْفَسِخُ بمَوتِه . فالحُكْمُ كذلك . وإن قُلْنا : لا تَنْفَسِخُ . فله القِيمَةُ على سيدِه ، تُصْرَفُ إلى وَرَثَتِه ، كما لو كانتِ الجِنايَةُ على بَعضِ أطْرافِه في حَياتِه . وإن كان الوَفاءُ يَحْصُلُ بإيجابِ القِيمَةِ ، ولا يَحْصُلُ بدُونِها ، وَجَب ، كما لو خَلَّفَ وَفاءً ؛ لأنَّ دِيَةَ المَقْتُولِ كتَرِكَتِه في قَضاءِ دُيُونِه منها ، وانْصِرافِها إلى وُرَّاثِه بَيْنَهم على فَرائِضِ اللهِ تعالى . ولا فَرْقَ فيما ذكَرْنا بين أن يُخَلِّفَ وارِثًا أو لا يُخَلِّفَ وارِثًا . وذكر القاضى أنَّه إذا لم يُخَلِّفْ وارِثًا سِوى سيدِه ، لم تَجِبِ القِيمَةُ عليه بحالٍ . ولَنا ، أنَّ مَن لا وارِثَ له يُصْرَفُ مالُه إلى المسلمين ، ولا حَقَّ لسيدِه فيه ؛ لأنَّ صَرْفَه إلى سيدِه بطريقِ الإرْثِ ، والقاتِلُ لا مِيراثَ له . وإن كان القاتِلُ أجْنَبِيًّا وجَبَتِ القِيمَةُ للسيدِ ، إلَّا في الموضِعِ الذى لا تَنْفَسِخُ الكِتابةُ ، تَجِبُ لوَرَثَتِه .

٢٩٨٨ - مسألة : (وإذا عُجِّلَتِ الكِتابةُ قبلَ مَحِلِّها ، لَزِمَ السيدَ

الإنصاف

قوله : وإذا عُجِّلَتِ الكِتابةُ قبلَ مَحِلِّها ، لَزِمَ السَّيِّدَ الأَخْذُ . فشَمِلَ القَبْضَ مع الضَّرَرِ وعدَمِه ، وكذا قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، والخِرَقِىُّ ، وأبو بَكْرٍ ، وأبو الخَطَّابِ ، والشِّيرازِىُّ ، والسَّامَرِّىُّ ، وغيرُهم . قال في « المُذْهَبِ » : يلْزَمُه مع

المقنع وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَلْزَمَهُ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَ فِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ .

الشرح الكبير الأخْذُ وعَتَقَ) هذا المنصوصُ عن أحمدَ[1] (ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَه ذلك إذا كان فى قَبْضِه ضَرَرٌ) وذكر أبو بكرٍ فيه رِوايةً أُخْرَى ، أنَّه لا يَلْزَمُه قَبُولُ المالِ إلَّا عندَ نُجُومِه ؛ لأنَّ بَقاءَ المُكاتَبِ فى هذه المُدَّةِ فى مِلْكِه حَقٌّ له ، و لم يَرْضَ بزَوالِه ، فلم يَزُلْ ، كما لو عَلَّقَ عِتْقَه على شَرْطٍ ، لم يَعْتِقْ قبلَه[2] . والصَّحيحُ فى المذهَبِ الأوَّلُ . وهو مذهَبُ الشافعىِّ ، إلَّا أنَّ القاضىَ قال : أطْلَقَ أحمدُ والخِرَقِىُّ هذا القَوْلَ ، وهو مُقَيَّدٌ بما لا ضَرَرَ فى قَبْضِه قبلَ مَحِلِّه ، كالذى لا يَفْسُدُ ولا يَخْتَلِفُ قَدِيمُه وحَدِيثُه ، ولا يَحْتاجُ إلى مُؤْنَةٍ فى حِفْظِه ، ولا يَدْفَعُه فى حالِ خَوْفٍ يَخافُ ذَهابَه ، فإنِ اخْتَلَّ أحدُ هذه الأُمورِ ، لم يَلْزَمْه قَبْضُه ، مثلَ أن يكونَ ممَّا يَفْسُدُ[3] ؛ كالعِنَبِ ، والرُّطَبِ ، والبِطِّيخِ ، أو يَخافُ تَلَفَه ، كالحيوانِ ، فإنَّه ربَّما تَلِفَ قبلَ المَحِلِّ ، ففاتَه مَقْصُودُه . وإن كان ممَّا يكونُ حَدِيثُه خَيْرًا مِن قَدِيمِه لم يَلْزَمْه أيضًا أخْذُه ؛ لأنَّه[4] يَنْقُصُ إلى حينِ الحُلُولِ . وإن كان ممَّا يَحْتاجُ إلى مَخْزَنٍ ، كالطعامِ والقُطْنِ ، لم يَلْزَمْه أيضًا ؛ لأنه يحتاجُ فى إبْقائِه إلى وَقْتِ المَحِلِّ إلى مُؤْنَةٍ ، فيَتَضَرَّرُ بها . ولو كان غيرَ هذا [٣٦/٦ و] إلَّا أنَّ البلدَ مَخُوفٌ ، لم يَلْزَمْه أخْذُه ؛ لأنَّ فى أخْذِه ضَرَرًا لم يَرْضَ بالْتِزامِه ،

الإنصاف الضَّرَرِ فى ظاهرِ المذهبِ . قال الشَّارِحُ : وهو الصَّحيحُ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ،

(١) بعده فى الأصل : « ويعتق المكاتب » .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى الأصل : « لا يفسد » .
(٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

وكذلك لو سَلَّمَه إليه فى طَرِيقٍ مَخُوفٍ ، أو فى مَوْضِعٍ يَتَضَرَّرُ بقَبْضِه فيه ، لم يَلْزَمْه قَبْضُه ، ولم يَعْتِقِ المُكاتَبُ . قال القاضى : والمذهبُ عِندِى أنَّ فيه تَفْصِيلًا ، على حَسَبِ ما ذَكَرْناه فى السَّلَمِ . ولأنَّه لا يَلْزَمُ الإِنْسانَ الْتِزامُ ضَرَرٍ لم يَقْتَضِه العَقْدُ ولا رَضِىَ بالتِزامِه ، وأمَّا ما لا ضَرَرَ فى قَبْضِه ، فإذا عَجَّلَه لَزِمَ السيدَ أخْذُه . وذَكَرَ أبو بكرٍ ، أنه يَلْزَمُه قبولُه مِن غيرِ تَفْصِيلٍ ، اعْتِمادًا على إطْلاقِ أحمدَ القولَ فى ذلك . وهو ظاهِرُ إطْلاقِ الخِرَقِىِّ ؛ لما روَى الأَثْرَمُ بإسْنادِه ، عن أبى بكرِ ابنِ حَزْمٍ ، أنَّ رجلًا أتَى عمرَ ، فقال : يا أميرَ المؤمنين ، إنِّى كاتَبْتُ على كذا كذا ، وإنِّى أيْسَرْتُ بالمالِ وأتَيْتُه به ، فزَعَمَ أنَّه لا يأْخُذُها إلَّا نُجُومًا . فقال عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (1)يا يَرْفأُ ، خُذْ(1) هذا المالَ فاجْعَلْه فى بيتِ المالِ ، وأدِّ إليه نُجُومًا فى كُلِّ عامٍ ، وقد عَتَقَ هذا . فلما رَأَى ذلك سيدُه أخَذَ المالَ(2) . وعن عثمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، نحوُ هذا(3) . ورَواه سعيدُ بنُ مَنْصورٍ ، فى « سُنَنِه » عن عمرَ وعثمانَ جميعًا ، (4)قال : ثَنا(4) هُشَيْمٌ ، عن ابنِ عَوْنٍ ، عن محمدِ بنِ سِيرِينَ ، أنَّ عثمانَ قَضَى بذلك . ولأنَّ الأجَلَ حَقٌّ لمَن عليه الدَّيْنُ ، فإذا قَدَّمَه فقد رَضِىَ(5) بإسْقاطِ حَقِّه ، فسَقَطَ ، كسائرِ

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يلْزَمَه [٣/١٤٧ظ] ذلك إذا كان فى قَبْضِه

(١ - ١) فى الأصل : « تأثر فى أخذ » .

(٢) وأخرجه البيهقى ، فى : باب تعجيل الكتابة ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ١٠/٣٣٥ .

(٣) أخرجه البيهقى ، فى الموضع السابق .

(٤ - ٤) فى م : « وثنا » .

(٥) فى الأصل : « وصى » .

الشرح الكبير

الحُقُوقِ . فإن قيل : إذا عَلَّقَ عِتْقَ عبدِه على فعلٍ فى وقتٍ ففَعَلَه فى غيرِه ، لم يَعْتِقْ . قُلْنا : تلك صِفَةٌ مُجَرَّدَةٌ لا يَعْتِقُ إلَّا بوجودِها . والكتابةُ مُعاوَضَةٌ يَبْرأُ[1] فيها بأداءِ العِوَضِ ، فافْتَرقا ، ولذلك لو أبْرَأه مِن العِوَضِ فى الكِتابةِ عَتَقَ ، ولو أبْرأه مِن المالِ فى الصِّفَةِ المُجَرَّدَةِ لم يعْتِقْ . قال شيخُنا[2] : والأوْلَى ، إن شاء اللهُ ، ما قاله القاضى ، فى أنَّ ما كان فى قَبْضِه ضَرَرٌ لم يَلْزَمْه قَبْضُه ، و لم يَعْتِقْ ببَذْلِه ؛ لِما ذَكَرَه مِن الضَّرَرِ الذى لم يَقْتَضِه العَقْدُ . وخَبَرُ عمرَ لا دَلالَةَ فيه على وُجُوبِ قَبْضِ ما فيه ضَرَرٌ . ولأنَّ أصحابَنا قالوا : لو لَقِيَه فى بلدٍ آخَرَ فدَفَعَ إليه نُجُومَ الكِتابةِ أو بَعضَها ، فامْتَنَعَ مِن أخْذِها لضَرَرٍ فيه ؛ مِن خَوْفٍ أو مُؤْنَةِ حَمْلٍ ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه ؛ لما عليه مِن الضَّرَرِ فيه ، وإن لم يكُنْ فيه ضَرَرٌ لَزِمَه قَبْضُه . كذا هٰهُنا . وكلامُ أحمدَ مَحْمُولٌ على [3]ما إذا[3] لم يكنْ فى قَبْضِه ضَرَرٌ . وكذلك قولُ الخِرَقِىِّ وأبى بكرٍ .

فصل : إذا أحْضَرَ المُكاتَبُ مالَ الكِتابةِ أو بَعْضَه ليُسَلِّمَه ، فقال السيدُ : هذا حَرامٌ ، أو غَصْبٌ ، لا أقْبَلُه منك . سُئِلَ العَبدُ عن ذلك ، فإن أقَرَّ به لم يَلْزَمِ السيدَ قَبُولُه ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه أخْذُ المُحَرَّمِ ، ولا يَجُوزُ

الإنصاف

ضَرَرٌ . وهو المذهبُ ، نقَلَه الجماعَةُ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . قال القاضى :

---

(1) فى م : « يبدأ » .
(2) فى : المغنى ١٤/٤٦٣ .
(٣ - ٣) فى م : « ماذا » .

الشرح الكبير

له . وإن أنْكَرَ ، وكانت للسيدِ بَيِّنَةٌ بدَعْواه ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه وتُسْمَعُ بَيِّنَتُه ؛ لأنَّ له حَقًّا فى أن لا يَقْتَضِيَ دَيْنَه مِن حرامٍ ، ولا يَأْمَنُ أن يَرْجِعَ صاحِبُه عليه به . وإن لم تكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُ العَبْدِ مع يَمِينِه ، فإن نَكَلَ عن اليَمِينِ لم يَلْزَمِ السيدَ قَبُولُه أيضًا . وإن حَلَفَ ، قيل للسيدِ : إمَّا أن تَقْبِضَه ، وإما أن تُبْرِئَه ليَعْتِقَ . فإن قَبَضَه وكان تَمامَ كتابتِه [٣٦/٦ ظ] عَتَقَ ، ثم يُنْظَرُ ؛ فإنِ ادَّعَى أنَّه حرامٌ مُطْلَقًا ، لم يُمْنَعْ منه ؛ لأنَّه لم يُقِرَّ به لأحدٍ ، وإنَّما تَحْرِيمُه فيما بَيْنَه وبينَ اللهِ تعالى . وإنِ ادَّعَى أنَّه غَصَبَه مِن فُلانٍ ، لَزِمَه دَفْعُه إليه ؛ لأنَّ قولَه وإن لم يُقْبَلْ فى حَقِّ المُكاتَبِ ، فإنَّه يُقْبَلُ فى حَقِّ نَفْسِه ، كما لو قال رَجُلٌ لعبدٍ فى يَدِ غيرِه : هذا حُرٌّ . وأنْكَرَ ذلك مَن العبدُ فى يَدِه ، لم يُقْبَلْ قولُه عليه ، فإنِ انْتَقَلَ إليه بسَبَبٍ مِن الأسبابِ ، لَزِمَتْه حُرِّيَّتُه . فإن أبْرَأَه مِن مالِ الكِتابةِ ، لم يَلْزَمْه قَبْضُه ؛ لأنَّه لم يَبْقَ له عليه حَقٌّ . وإن لم يُبْرِئْه ولم يَقْبِضْه ، كان له دَفْعُ ذلك إلى الحاكِمِ ، ويُطالِبُه بقَبْضِه ، فيَنُوبُ الحاكِمُ فى قَبْضِه عنه ، ويَعْتِقُ العبدُ ، كما رَوَيْناه عن عمرَ وعثمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، فى قَبْضِهِما مالَ الكتابةِ ، حينَ امْتَنَعَ المُكاتِبُ مِن قَبْضِه .

الإنصاف

والمذهبُ عندِى ، أنَّ فيه تَفْصِيلًا على حسَبِ ما ذكَرْنا فى السَّلَمِ . وصحَّحَه النَّاظِمُ . واخْتارَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » . قال فى « الرِّعايتَيْن » : وإنْ عجَّلَ ما عليه قبلَ مَحِلِّه ، لَزِمَ سيِّدَه فى الأصحِّ أَخْذُه بلا ضَرَرٍ ، وعتَق فى الحالِ . وجزَم به فى

المقنع وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعَجِّلَ الْمُكَاتَبُ لِسَيِّدِهِ ، وَيَضَعَ عَنْهُ بَعْضَ كِتَابَتِهِ .

الشرح الكبير **فصل** : إذا كاتَبَه على جِنْسٍ لم يَلْزَمْه قَبْضُ غيرِه ، فلو كاتَبَه على دَنانِيرَ لم يَلْزَمْه قَبْضُ دَراهِمَ ولا عَرْضٍ . وإن كاتَبَ[1] على عَرْضٍ مَوْصُوفٍ لم يَلْزَمْه قَبْضُ غيرِه . وإن كاتبه[1] على نَقْدٍ ، فأعْطاه مِن جِنْسِه خَيْرًا منه ، وكان يُنْفَقُ فيما يُنْفَقُ فيه الذى كاتَبَه عليه ، لَزِمَه أخْذُه ؛ لأنَّه زاده خيرًا ، وإن كان لا يُنْفَقُ فى بَعْضِ البُلْدانِ التى يُنْفَقُ فيها ما كاتَبَه عليه لم يَلْزَمْه قَبُولُه ؛ لأنَّ عليه فيه ضَرَرًا .

٢٩٨٩ – مسألة : (ولا بَأْسَ أن يُعَجِّلَ المُكاتَبُ لسيدِه ، ويَضَعَ عنه بَعْضَ كتابَتِه) مثلَ أن يُكاتِبَه على ألفٍ فى نَجْمَيْن إلى سنةٍ ، ثم قال : عَجِّلْ لى خَمْسَمائةٍ حتى أضَعَ عنكَ الباقِىَ . أو : حتى أُبْرِئَكَ مِن الباقِى . أو قال : صَالِحْنِى منه على خَمْسِمائةٍ مُعَجَّلَةٍ . جاز ذلك . وبه يقول طاوسٌ ، والزُّهْرِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وأبو حنيفةَ . وكَرِهَهُ الحسنُ ، وابنُ

الإنصاف « الوَجيزِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » وغيرُهم . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . قال فى « الفائقِ » : ولو عجَّلَ ما عليه لَزِمَ قَبْضُه ، وعتَق حالًّا . نصَّ عليه ، وقيَّد بعَدَمِ الضَّرَرِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، ذكَرَه فى باب السَّلَمِ . ونقَل حَنْبَلٌ ، وأبو بَكْرٍ : لا يلْزَمُه ولو مع عدَمِ الضَّرَرِ . ذكَرَها جماعةٌ مِنَ الأصحابِ ؛ لأنَّه قد يعْجِزُ ، فيَرِقُّ ، ولأنَّ بقاءَ المُكاتَبِ فى هذه المُدَّةِ حقٌّ له ، ولم يرْضَ بزَوالِه . فهذه ثلاثُ رِواياتٍ ؛ رِوايَةٌ باللُّزومِ مُطْلَقًا ، وعدَمِه مُطْلَقًا ،

(١) فى م : « كانت » .

الشرح الكبير

سِيرِينَ ، والشَّعْبِيُّ . وقال الشافعيُّ : لا يجوزُ ؛ لأنَّ هذا بَيْعُ ألفٍ بخَمْسِمائةٍ ، وهو رِبا الجاهليةِ ؛ وهو أن يَزِيدَ فى الدَّيْنِ لأجْلِ الأجَلِ ، وهذا أيضًا هِبَةٌ . و[1] لأنَّ هذا لا يجوزُ بينَ الأجَانِبِ ، والرِّبَا يَجْرِى بين المُكاتَبِ وسيدِه ، فلم يَجُزْ هذا بينهما ، كالأجانِبِ . ولَنا ، أنَّ مالَ الكِتابةِ غيرُ مُسْتَقِرٍ ، ولا هو [2]دَيْنٌ صَحِيحٌ[2] ، بدليلِ أنَّه لا يُجْبَرُ على أدائِه ، وله أن يَمْتَنِعَ مِن أدائِه ، ولا تَصِحُّ الكَفالَةُ به ، وما[3] يُؤَدِّيه إلى سيدِه كَسْبُ عبدِه ، وإنَّما جَعَلَ الشَّرْعُ هذا العَقْدَ وَسِيلَةً إلى العِتْقِ ، وأوْجَبَ فيه التَّأْجِيلَ مُبالَغةً فى تَحْصِيلِ العِتْقِ ، وتَخْفِيفًا على المُكاتَبِ . فإذا أمْكَنَه التَّعْجِيلُ على وَجْهٍ يُسْقِطُ عنه بعضَ ما عليه ، كان أبْلَغَ فى حُصُولِ العِتْقِ ، وأخَفَّ على العَبْدِ ، ويَحْصُلُ مِن السيدِ إسْقَاطُ بعضِ مالِه على عبدِه ، ومِن اللهِ تعالى إسْقاطُ بعضِ[4] ما أوْجَبَه عليه مِن الأجَلِ لمِصْلَحَتِه . ويُفارِقُ سائرَ الدُّيُونِ بما ذَكَرْنا ، ويُفارِقُ الأجَانِبَ ، مِن حيثُ إنَّ هذا عبدُه ، فهو أشْبَهُ بعَبدِه القِنِّ . وأمَّا قولُهم : إنَّ الرِّبا يَجْرِى بينَهما .

الإنصاف

والثَّالثةُ ، الفَرْقُ بينَ الضَّرَرِ وعدَمِه . واخْتارَ القاضى فى كتابِ « الرِّوايتَيْن » طريقةً أُخْرَى ؛ وهى إنْ كان فى القَبْضِ ضَرَرٌ ، لم يلْزَمْه ، وإلَّا فرِوايَتان . وتَبِعَه فى « الكافِى » .

---

(١) سقط من : م .
(٢ - ٢) فى الأصل : « دينًا صحيحا » .
(٣) فى الأصل : « لا » .
(٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فيَمْنَعُه[1] ما ذَكَرَه ابنُ أبى موسى[2] ، وإن سَلَّمْنا ، فإنَّ هذا مُفارِقٌ لسائِرِ[3] الرِّبا بما ذَكَرْناه ، وهو يُخالِفُ رِبا الجاهِلِيَّةِ ؛ فإنَّه إسْقاطٌ لبعضِ الدَّيْنِ ، ورِبَا الجاهِلِيَّةِ زِيادَةٌ فى الدَّيْنِ [٦/٣٧ و] تُفْضِى إلى نَفادِ مالِ المَدِينِ وتَحَمُّلِه ما يَعْجِزُ عن أدائِه[4] مِن الدَّيْنِ ، فيُحْبَسُ مِن أجْلِه ، وهذا يُفْضِى إلى تَعْجِيلِ عِتْقِ المُكاتَبِ وخَلاصِه مِن الرِّقِّ والتَّخْفِيفِ عنه ، فافْتَرَقا .

فصل : فإنِ اتَّفَقا على الزِّيادَةِ فى الأَجَلِ والدَّيْنِ ، مثلَ أن يُكاتِبَه على أَلْفٍ فى نَجْمَيْن إلى سنَةٍ يُؤَدِّى خَمسَمائةٍ فى نِصْفِها والباقِىَ فى[5] آخِرِها ، فيَجْعَلانِها إلى سَنَتَيْن بأَلْفٍ ومائتَيْن ، فى كلِّ سَنَةٍ سِتُّمائةٍ ، أو مثلَ أن يَحِلَّ عليه نَجمٌ ، فيقولَ : أخِّرْنِى إلى كذا وأَزِيدُك كذا . فلا يجوزُ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ[5] المُؤَجَّلَ إلى وَقْتٍ لا يَتأَخَّرُ أجَلُه عن وَقْتِه باتِّفاقِهما عليه ، ولا يَتَغَيَّرُ أجَلُه بتَغْيِيرِه ، وإذا لم يَتأَخَّرْ عن وَقْتِه لم تَصِحَّ الزِّيادَةُ التى فى

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، حيثُ قُلْنا باللُّزومِ ، لو امْتَنَعَ السَّيِّدُ مِن قَبْضِه ، جعَلَه الإمامُ فى بَيْتِ المالِ ، وحكَم بعِتْقِ العَبْدِ . جزَم به الزَّرْكَشِىُّ . قال فى « الفُروعِ » : هذا المَشْهورُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وإنْ أبَى السَّيِّدُ ، بَرِئَ العَبْدُ . ذكَرْناه فى

(١) بعده فى الأصل : « على » .
(٢) يأتى قوله فى ذلك فى صفحة ٢٣٢ .
(٣) فى الأصل : « كسائر » .
(٤) فى م : « وفائه » .
(٥) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

مُقابَلَتِه ، ولأنَّ هذا يُشْبِهُ رِبَا الجاهِلِيَّةِ المُحَرَّمَ ، وهو الزِّيادَةُ فى الدَّيْنِ للزِّيادَةِ فى الأجَلِ . ويُفارِقُ المسألَةَ الأولَى مِن هذين الوَجْهَيْن . فإن قِيلَ : فكما أنَّ الأجَلَ لا يَتأخَّرُ ، فكذلك لا يَتعَجَّلُ ، ولا يَصِيرُ المُؤَجَّلُ حالًّا ، فلِمَ جاز فى المسألَةِ الأُولَى ؟ قُلْنا : إنَّما جاز فى المسألةِ الأُولَى بالتَّعْجِيلِ فِعْلًا ، فإنَّه إذا دَفَعَ إليه الدَّيْنَ المُؤَجَّلَ قبلَ مَحِلِّه جازَ ، وجاز للسيدِ إسقاطُ باقِي حَقِّه عليه ، وفى هذه المسألةِ يأْخُذُ أكثَرَ ممَّا وَقَعَ عليه العَقْدُ ، فهو ضِدُّ المسألةِ الأُولَى . وهو مُمْتَنِعٌ مِن وَجْهٍ آخَرَ ؛ لأنَّ فى ضِمْنِ الكتابةِ : إنَّكَ متى أدَّيْتَ إلَيَّ كذا فأنتَ حُرٌّ . فإذا أدَّى إليه ذلك فيَنْبَغِى أن يَعْتِقَ . فإن قِيلَ[1] : فإذا غُيِّرَ الأجَلُ والعِوَضُ ، فكأنَّهما فَسَخا الكِتابَةَ الأُولَى وجَعَلا كتابةً ثانِيةً . قُلْنا : لم يَجْرِ[2] بينَهما فَسْخٌ ، وإنَّما قَصَدا تَغْيِيرَ العِوَضِ والأجَلِ على وَجْهٍ لا يَصِحُّ ، فبَطَلَ التَّغْيِيرُ وبَقِىَ العَقْدُ بحالِه . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ذلك ، كما فى المسألَةِ الأُولَى . فعلى هذا ، لو اتَّفَقَا على ذلك ثم رَجَعَ أحَدُهما قبلَ التَّعْجِيلِ ، فله الرُّجُوعُ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن أنَّ الدَّيْنَ المُؤَجَّلَ[3] لا يَتأخَّرُ عن أجَلِه ، ولا يَتَقَدَّمُ ، وإنَّما له أن يُؤَدِّيَه قبلَ مَحِلِّه . ولِمَن له الدَّيْنُ تَرْكُ قَبْضِه فى مَحِلِّه ، وذلك إلى اخْتِيارِه . فإذا وَعَد به ثم رَجَع قبلَ الفِعلِ فله ذلك .

الإنصاف

المَكْفُولِ به . نقَل حَرْبٌ ، إنْ أبَى مَوْلاه الأَخْذَ ، ما أعلمُ زادَه إلَّا خَيْرًا . وتقدَّم

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « يجز » .

(٣) فى م : « المتأخر » .

المقنع وَإِذَا أَدَّى وَعَتَق ، فَوَجَدَ السَّيِّدُ بِالْعِوَضِ عَيْبًا ، فَلَهُ أَرْشُهُ أَوْ قِيمَتُهُ ، وَلَا يَرْتَفِعُ الْعِتْقُ .

الشرح الكبير **فصل** : وإن صالَحَ المُكاتَبُ سيدَه عمَّا[1] فى ذِمَّتِه بغيرِ جنْسِه ، مثْلَ أن يُصالِحَ عن النُّقودِ بحِنْطَةٍ أو شَعيرٍ ، جاز ، إلَّا أنه لا يَجُوزُ أن يُصالِحَه على شيءٍ مؤَجَّلٍ ؛ لأنَّه يكونُ بَيْعَ دَيْنٍ بدَيْنٍ . وإن صالَحَه عن الدَّراهِمِ بدنانِيرَ ، أو عن الحِنْطَةِ بشعيرٍ ، لم يَجُزِ التَّفَرُّقُ قبلَ القَبْضِ ؛ لأنَّ هذا بَيْعٌ فى الحقيقَةِ فيُشْتَرَطُ له القبضُ فى المجلِسِ . وقال القاضى : يَحْتَمِلُ أنْ لا تَصِحَّ هذه المُصالَحةُ مُطْلَقًا ؛ لأنَّ هذا دَيْنٌ[2] مِن شَرْطِه التَّأْجِيلُ ، فلم تَجُزِ المُصالَحَةُ عليه بغيرِه ، ولأنَّه دَيْنٌ غيرُ مُسْتَقِرٍّ ، فهو كدَيْنِ السَّلَمِ . وقال ابنُ أبى موسى : لا يجرِى الرِّبَا بينَ المُكاتَبِ وسيدِه . فعلى قولِه : تجوزُ المُصالَحَةُ كيفَما كانت كما تَجُوزُ بينَ العبدِ القِنِّ وسيدِه . والأَوْلَى ما ذَكَرْناه . ويُفارِقُ دَيْنُ الكِتابةِ دَيْنَ السَّلَمِ ؛ فإنَّه يُفارِقُ سائِرَ الدُّيُونِ بما ذَكَرْنا فى هذه المسألةِ ، فمُفارَقَتُه [٣٧/٦ ظ] لدَيْنِ السَّلَمِ أعْظَمُ .

٢٩٩٠ – مسألة : (وإذا أدَّى وعَتَقَ ، فوجَدَ السيدُ بالعِوَضِ عيبًا ، فله أَرْشُه أو قِيمَتُه ، ولا يَرْتَفِعُ العِتْقُ) وجملةُ ذلك ، أنَّ المُكاتَبَ إذا دَفَعَ

الإنصاف نظيرُ ذلك فى بابِ السَّلَمِ . الثَّانيةُ ، فى عِتْقِ المُكاتَبِ بالاعْتِياضِ وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . والصَّوابُ العِتْقُ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وعدَمُ العِتْقِ قالَه القاضى .

قوله : وإذا أدَّى وعتَقَ ، فوجَد السَّيِّدُ بالعِوَضِ عَيْبًا ، فله أَرْشُه أو قِيمَتُه ، ولا

---

(١) فى الأصل : « على ما » .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

العِوَضَ فى الكتابةِ فبانَ مُسْتَحَقًّا ، تَبيَّنَ أنَّه لم يَعْتِقْ ، وكان وُجُودُ هذا الدَّفْعِ كعدَمِه ؛ لأنَّه لم يُؤَدِّ الواجِبَ عليه ، وقيلَ له : إن أدَّيتَ الآنَ ، وإلَّا فُسِخَتْ كِتابتُك . وإن كان قد ماتَ بعدَ الأداءِ ، فقد ماتَ عَبْدًا ، فإن بانَ مَعِيبًا ، مثلَ أن كاتبَه على عُرُوضٍ مَوْصُوفَةٍ ، فقَبَضَها ، فأصابَ بها عَيْبًا بعدَ قَبْضِها ، نَظَرْتَ ؛ فإن رَضِىَ بذلك وأمْسَكَها اسْتَقَرَّ العِتْقُ . فإن قيل : كيف[1] يَسْتَقِرُّ العِتْقُ و لم يُعْطِه جَمِيعَ ما وَقَعَ عليه العَقْدُ ؟ فإنَّ ما يُقابِلُ العَيْبَ لم يَقْبِضْه ، فأشْبَهَ ما لو كاتَبَه على عَشَرَةٍ ، فأعْطاه تِسْعَةً . قُلْنا : إمساكُه العَيْبَ راضِيًا به رِضًا منه بإسقاطِ حَقِّه ، فجرَى مَجرَى إبْرائِه مِن بَقِيَّةِ كِتابَتِه . وإنِ اخْتارَ إمساكَه وأخْذَ أَرْشِ العَيْبِ ، أو رَدَّه ، فله ذلك .

قال أبو بكرٍ : وقياسُ قولِ أحمدَ أنَّه لا يَبْطُلُ العِتْقُ ، وليس له الرَّدُّ وله الأَرْشُ ؛ لأنَّ العِتْقَ إتْلافٌ واسْتِهلاكٌ ، فإذا حُكِمَ بوُقوعِه لم يَبْطُلْ ، كعَقْدِ الخُلْعِ ، ولأنَّه ليس المَقْصُودُ منه المالَ ، فأشْبَهَ الخُلْعَ . وقال القاضى :

الإنصاف

يرْتَفِعُ العِتْقُ . هذا المذهبُ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وقيل : هو كالبَيْعِ . وقيل : يرْتَفِعُ العِتْقُ ، إنْ ردَّه و لم يُعْطِه

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

يَتَوَجَّهُ أنَّ له الرَّدَّ ، ويُحْكَمُ بارتفاعِ العِتْقِ الواقِعِ ؛ لأنَّ العِتْقَ إنَّما يَسْتَقِرُّ باسْتِقْرارِ الأدَاءِ ، وقد ارْتَفَعَ الأداءُ ، فارْتَفَعَ العِتْقُ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ الكِتابَةَ عَقْدُ مُعاوَضَةٍ يلْحَقُه الفَسْخُ بالتَّراضِى ، فوَجَبَ أن يُفْسَخَ بوُجودِ العَيْبِ ، كالبَيْعِ . وإنِ اخْتارَ إمساكَه وأخْذَ الأَرْشِ فله ذلك ، وتَبَيَّنَ أنَّ العِتقَ لم يَقَعْ ؛ لأنَّنا تبيَّنَّا أنَّ ذِمَّتَه لم تَبْرَأْ مِن مالِ الكِتابةِ ، ولا يَعْتِقُ (1قبلَ ذلك ، وظَنُّ1) وُقوعِ العِتْقِ لا يُوقِعُه إذا بان الأمْرُ بخِلافِه ؛ كما لو بان العِوَضُ مُسْتَحَقًّا . وإن تَلِفَتِ العَيْنُ عندَ السيدِ ، أو حَدَثَ بها عندَه عَيْبٌ ، اسْتَقَرَّ أَرشُ العَيْبِ ، والحُكْمُ فى ارتِفاعِ العِتْقِ على ما ذَكَرنا فيما مَضَى .

ولو قال السيدُ لعبدِه : إن أعْطَيْتَنِى عبدًا فأنتَ حُرٌّ . فأعْطاه عبدًا ، فبان حرًّا أو مُسْتَحَقًّا ، لم يَعْتِقْ بذلك ؛ لأنَّ معناه : إن أعْطَيْتَنِيه مِلْكًا ، ولم يُعْطِه إيَّاه مِلْكًا ، ولم يُمَلِّكْه إيَّاه .

الإنصاف

البَدَلَ . وهو تَوْجِيهٌ للقاضى . قال المُصَنِّفُ وغيرُه : فإنْ بانَ مَعِيبًا ، نَظَرْتَ ؛ فإنْ رَضِيَ بذلك وأمْسَكَه ، اسْتقرَّ العِتْقُ ، وإنِ اختارَ إمْساكَه وأخْذَ الأَرْشِ ، أو ردَّه ، فله ذلك . وقال أبو بَكْرٍ : قِياسُ قَوْلِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّه لا يبْطُلُ به العِتْقُ ، وليس له الرَّدُّ ، وله الأَرْشُ .

فائدة : لو أخذ السَّيِّدُ حقَّه ظاهِرًا ، ثم قال : هو حُرٌّ . ثم بانَ مُسْتَحَقًّا ، لم يَعْتِقْ . قالَه الأصحابُ . وإنِ ادَّعَى السَّيِّدُ تحْريمَ العِوَضِ ، قُبِلَ ببَيِّنَةٍ ، وإنْ لم تكُنْ بَيِّنَةٌ ،

(1 - 1) فى م : « قبل ظن » .

المقنع

فَصْلٌ : وَيَمْلِكُ الْمُكَاتَبُ أَكْسَابَهُ ، وَمَنَافِعَهُ ، وَالشِّرَاءَ ، وَالْبَيْعَ ، وَالْإِجَارَةَ ، وَالِاسْتِئْجَارَ ، وَالسَّفَرَ ، وَأَخْذَ الصَّدَقَةِ ، وَالْإِنْفَاقَ عَلَى نَفْسِهِ وَوَلَدِهِ وَرَقِيقِهِ ، وَكُلَّ مَا فِيهِ صَلَاحُ الْمَالِ .

الشرح الكبير

فصل : وإذا دَفَعَ إليه مالَ الكتابةِ ظاهِرًا ، فقال له السيدُ : أنتَ حُرٌّ . أو قال : هذا حُرٌّ . ثم بان العِوَضُ مُسْتَحَقًّا ، لم يَعْتِقْ بذلك ؛ لأنَّ ظاهِرَه الإِخْبارُ عمَّا حَصَلَ له بالأداءِ ، فلو ادَّعَى المُكاتَبُ أنَّ السيدَ قَصَدَ بذلك عِتْقَه ، وأنْكَرَ السيدُ ، فالقولُ قولُ السيِّدِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الظاهِرَ معه ، وهو أَخْبَرُ بما نوى .

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (ويَمْلِكُ المُكاتَبُ أكْسابَه ، ومَنافِعَه ، والشِّراءَ ، والبَيْعَ ، والإِجارَةَ ، والاسْتِئْجارَ ، والسفرَ ، وأخْذَ الصَّدَقَةِ ، والإِنْفاقَ على نفسِه وولدِه ورقيقِه ، وكُلَّ ما فيه [٣٨/٦ و] صلاحُ المالِ)

الإنصاف

قُبِلَ قوْلُ العَبْدِ مع يَمِينِه ، ثم يجبُ على السَّيِّدِ أخْذُه ، ويعْتِقُ به ، ثم يلْزَمُ السَّيِّدَ رَدُّه إلى مالِكِه ، إنْ أضافَه إلى مالِكٍ . وإنْ نكَل العَبْدُ حلَف سيِّدُه ، وله قَبْضُه مِن دَيْنٍ غيرِ دَيْنِ الكِتابَةِ وتعْجيزُه ، وفى تَعْجيزِه قبلَ أخْذِ ذلك مِن جِهَةِ الدَّيْنِ وَجْهان فى « التَّرْغيبِ » . واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » . والاعْتِبارُ بقَصْدِ السَّيِّدِ فى قَبْضِه عن أحَدِ الدَّيْنَيْن ، وفائِدَتُه ، يَمِينُه عندَ النِّزاعِ . قلتُ : قد تقدَّم فى بابِ الرَّهْنِ ، أنَّه لو قضَى بعضَ دَيْنِه ، أو أُبْرِئَ منه ، وببعضِه رَهْنٌ أو كَفيلٌ ، كان عمَّا نَواه الدَّافِعُ ، أو المُبْرِئُ مِنَ القِسْمَيْن ، والقَوْلُ قوْلُه فى النِّيَّةِ بلانِزاعٍ . فيُخَرَّجُ هنا مثلُه .

قوله : ويمْلِكُ السَّفَرَ . حُكْمُ سفَرِ المكاتَبِ حُكْمُ سفَرِ الغَريمِ ، على ما تقدَّم فى أوَّلِ بابِ الحَجْرِ . قال فى « الفُروعِ » : وله السَّفَرُ ، كغَريمٍ . قال المُصَنِّفُ

الشرح الكبير

يَمْلِكُ المُكاتَبُ أكْسابَه ومنافِعَه ، والشراءَ والبَيْعَ ، بإجْماعِ أهلِ العلمِ ؛ لأنَّ عَقْدَ الكِتابةِ لتَحْصِيلِ العِتْقِ ، ولا يَحْصُلُ إلَّا بأداءِ عِوَضِه ، ولا يُمْكِنُه الأداءُ إلَّا بالاكْتِساب ، والبَيْعُ والشِّراءُ مِن أقْوَى جِهاتِ الاكْتِسابِ ، فإنَّه قد جاء فى بعضِ الآثارِ أنَّ تِسْعَةَ أعشارِ الرِّزْقِ فى التِّجارَةِ[1] ، ويَمْلِكُ الإِجارَةَ والاسْتِئْجارَ قِياسًا على البَيْعِ والشِّراءِ ، ويَمْلِكُ السَّفَرَ قَرِيبًا كان أو بَعيدًا . وهذا قولُ الشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، والحسنِ بنِ صالحٍ ، وأبى حنيفةَ . وقد أطْلَقَ أصْحابُنا القولَ فى ذلك ، ولم يُفرِّقُوا بينَ السَّفَرِ الطويلِ وغيرِه . وقياسُ المذهبِ ، أنَّ له مَنْعَه مِن سَفَرٍ تَحِلُّ نُجُومُ كتابتِه قبلَه ؛ لأنَّه يَتَعَذَّرُ معه اسْتِيفاءُ النُّجُومِ فى وَقْتِها والرُّجُوعُ فى رِقِّه عندَ عَجْزِه ، فمُنِعَ منه ، كالغَرِيمِ الذى يَحِلُّ الدَّيْنُ عليه قبلَ مُدَّةِ سَفَرِه . واخْتَلَفَ [2]قولُ الشافعىِّ[2] ، فقال فى موضعٍ : له السَّفَرُ . وقال فى موضعٍ : ليس

الإنصاف

فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ : وقد أطْلَقَ أصحابُنا القَوْلَ فى ذلك ، ولم يُفرِّقُوا بينَ السَّفَرِ الطَّويلِ وغيرِه . وقِياسُ المذهبِ ، أنَّ له منْعَه مِنَ السَّفَرِ الذى تحِلُّ نُجومُ الكِتابَةِ قبلَه . قال الزَّرْكَشِىُّ : قلتُ : وهو مُرادُ الأصحابِ ، وإنَّما لم يُقيِّدوا ذلك اكْتِفاءً بما تقدَّم لهم مِنَ الحُرِّ المَدِينِ بطريقِ الأُوْلَى .

تنبيه : يُسْتَثْنَى مِن كلامِ المُصَنِّفِ ، السَّفَرُ للجِهادِ ، فإنَّه لا يجوزُ له السَّفَرُ لذلك إلَّا بإذْنِه ، على ما مرَّ فى كتابِ الجِهادِ . ذكَرَه الزَّرْكَشِىُّ .

---

(1) عزاه ابن حجر فى المطالب العالية ٤٠٩/١ إلى مسدد ، عن نعيم بن عبد الرحمن عن النبى ﷺ . وقال البوصيرى : رواه مسدد مرسلا بسند صحيح .

(٢ - ٢) فى م : « قوله » .

المقنع

فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَلَّا يُسافِرَ ، وَلَا يَأْخُذَ الصَّدَقَةَ ، فَهَلْ يَصِحُّ الشَّرْطُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

له السَّفَرُ ، (١)فيكونُ فيها قولان ، قاله بعضُ أصحابِه . وقال بعضُهم : ليست على قولين ، إنما هى على اختلافِ حالَيْن ؛ فالموضِعُ الذى قال : له السفرُ(١) . إذا كان قصيرًا ؛ لأنَّه فى حُكْمِ الحَاضِرِ ، والمَوْضِعُ الذى مَنَعَ منه ، إذا كان بعيدًا يَتَعَذَّرُ معه اسْتِيفاءُ نُجُومِه والرُّجُوعُ فى رِقِّه عندَ عَجْزِه . ولَنا ، أنَّ المُكاتَبَ فى يَدِ نَفْسِه ، وإنَّما للسيدِ عليه دَيْنٌ ، فأشْبَهَ الحُرَّ المَدِينَ ، وما ذكَروه لا أصْلَ له ، ويَبْطُلُ بالحُرِّ الغَرِيمِ . وله أخْذُ الصَّدَقَةِ الواجِبَةِ والمُسْتَحَبَّةِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى جَعَل للمُكاتَبِينَ الأخْذَ مِن الواجِبَةِ . وإذا جاز الأخْذُ مِن الواجِبَةِ فالمُسْتَحَبَّةُ أوْلَى .

٢٩٩١ – مسألة : (وإن شَرَطَ عليه أن لا يُسَافِرَ ، ولا يأْخُذَ الصَّدَقَةَ ، فهل يَصِحُّ الشَّرْطُ ؟ على وَجْهَيْن) إذا شَرَطَ السيدُ على مُكاتَبِه أن لا يسافِرَ ، فقال القاضى : الشَّرْطُ باطِلٌ . وهو قولُ الحسنِ ، وسعيدِ ابن جُبَيْرٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، وأبى حنيفةَ ؛ لأنه يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، فلم يَصِحَّ شَرْطُه ، كشَرْطِ تَرْكِ الاكتسابِ ، ولأنَّه غَرِيمٌ ، فلم يَصِحَّ

الإنصاف

قوله : فإنْ شرَطَ عليه أنْ لا يسافِرَ ، ولا يأْخُذَ الصَّدَقَةَ ، فهل يصِحُّ الشَّرْطُ ؟ على وَجْهَيْن . وهما وَجْهانِ أيضًا فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وهما رِوايَتان عندَ أبِى الخَطَّابِ ، والشِّيرازِىِّ ، والمُصَنِّفِ فى

(١ – ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

شَرْطُ(١) تَرْكِ السَّفَرِ عليه ، كما لو أقْرَضَ لرجلٍ قَرْضًا بشَرْطِ أن لا يسافِرَ . وقال أبو الخَطَّابِ : يَصِحُّ الشَّرْطُ ، وله مَنْعُه مِن السَّفَرِ . وهو قولُ مالكٍ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »(٢) . ولأنه شَرْطٌ له فيه فائِدَةٌ ، فلَزِمَ ، كما لو شَرَطَ نَقْدًا مَعْلومًا . وبيانُ فائِدَتِه ، أنَّه لا يأْمَنُ إباقَه وأنَّه لا يَرْجِعُ إلى سيدِه ، فيَفُوتُ العَبْدُ والمالُ الذى عليه . ويُفارِقُ القَرْضَ ، فإنَّه عَقْدٌ جائِزٌ مِن جانِبِ المُقْرِضِ ، متى شاء طالبَ بأخْذِه ومَنَع الغَرِيمَ السَّفَرَ قبلَ إيفائِه(٣) ، فكان المَنْعُ مِن السَّفَرِ حاصِلًا بدُونِ شَرْطِه ، بخِلافِ الكِتابَةِ ، فإنَّه لا يُمْكِنُ السيدَ مَنْعُه مِن السَّفَرِ إلَّا بشَرْطِه ، وفِيه حِفْظُ عبدِه ومالِه ، فلا يُمْنَعُ مِن تَحْصِيلِه . وهذا أصَحُّ ، إن شاءَ اللَّهُ تعالى . فعلى هذا الوَجْهِ ، لسيدِه مَنْعُه مِن السَّفَرِ . [٣٨/٦ ظ] فإن سافر بغيرِ إذْنِه فله رَدُّه إن أمْكَنَه ، وإن لم يُمْكِنْه رَدُّه ، احْتَمَلَ أنَّ له تَعْجِيزَه ورَدَّه إلى الرِّقِّ ؛ لأنَّه لم يَفِ بما شُرِط عليه ، أشْبَه ما لو لم يَفِ بأداءِ الكِتابَةِ ، واحْتَمَلَ أن لا يَمْلِكَ ذلك ؛ لأنَّه مُكاتَبٌ كِتابةً صَحِيحةً لم يَظْهَرْ عَجْزُه ، فلم يَمْلِكْ تَعْجِيزَه ، كما لو لم يَشْرُطْ عليه .

الإنصاف

« الكافِى » ، والمَجْدِ فى « المُحَرَّرِ » ، وصاحِبِ « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ أحدُهما ، يصِحُّ الشَّرْطُ . وهو المذهبُ . قال فى

---

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٤٩/١٠ ، وانظر صفحة ٢٠ .

(٣) فى الأصل : « إبقائه » .

الشرح الكبير

فصل : وإن شَرَطَ عليه أن لا يسألَ الناسَ ، فقال أحمدُ : قال جابرُ ابنُ عبدِ اللهِ : هم على شُرُوطِهِم . إن رأيتَه يسألُ تنهاهُ ، فإن قال : لا أعُودُ . لم يَرُدَّه عن كِتابتِه فى مَرَّةٍ . فظاهِرُ هذا ، أنَّ الشَّرْطَ صَحِيحٌ لازِمٌ ، وأنَّه إن خالَفَ مَرَّةً لم يُعَجِّزْه ، وإن خالَفَ مَرَّتَيْن أو أكثرَ فله تَعْجيزُه . قال أبو بكرٍ : إذا رآه يسألُ مَرَّةً فى مَرَّةٍ عَجَّزَه ، كما إذا حَلَّ نَجْمٌ فى نَجْمٍ عَجَّزَه . فاعْتَبَرَ المُخالَفَةَ فى مَرَّتَيْن كحُلولِ نَجْمَيْن ، وإنَّما صَحَّ الشَّرْطُ ؛ لقولِه ،

الإنصاف

« الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » : ويصِحُّ شَرْطُ ترْكِهما على الأصحِّ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « الفائقِ » . وجزَم به [١٤٨/٣و] فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ فيهما . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يصِحُّ الشَّرْطُ . صحَّحه فى « النَّظْمِ » . واخْتارَ المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، صِحَّةَ شَرْطِ أنْ لا يُسافِرَ . وقدَّم ابنُ رَزِينٍ بُطْلانَ شَرْطِ عدَمِ سفَرِه ، وصِحَّةَ شَرْطِ عدَمِ السُّؤالِ . وقال أبو الخَطَّابِ : يصِحُّ إذا شرَط أنْ لا يُسافِرَ ، ولا يصِحُّ شَرْطُ أنْ لا يأْخُذَ الصَّدقَةَ . وقال القاضى : لا يصِحُّ إذا شرَط أنْ لا يُسافِرَ . وقال فى « الجامِعِ » ، والشَّرِيفُ وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » ، والشِّيرازِىُّ : يصِحُّ شَرْطُ أنْ لا يُسافِرَ . وقال أبو بَكْرٍ : إذا رَآه يَسْألُ مرَّةً فى مرَّةٍ ، عَجَّزَه ، كما لو حَلَّ نَجْمٌ فى نَجْمٍ ، عجَّزَه . فاعْتَبرَ المُخالفَةَ فى مرَّتَين كحُلُولِ نَجْمَيْن ، وصحَّحَ الشَّرْطَ . فعلى القَوْلِ بصِحَّةِ الشَّرْطِ ، إذا خالَفَ كان لسيِّدِه تعْجيزُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يمْلِكُ تعْجيزَه بسفَرِه إذا لم يُمْكِنْ ردُّه . وأطْلَقَهما فى « الشَّرْحِ » . وإنْ أمْكَنَ ردُّه ، لم يمْلِكْ تعْجيزَه . جزَم به فى « الفُروعِ » وغيرِه .

الشرح الكبير

عليه الصلاة والسلامُ : « المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهم » . ولأنَّ له فى هذا فَائِدَةً وغَرَضًا صَحِيحًا ، وهو أن لا يكونَ كَلًّا على الناسِ ، ولا يُطْعِمَه مِن صَدَقَتِهم وأوْساخِهِم . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ ، أنَّه لا يَصِحُّ الشَّرْطُ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى جَعَلَ للمُكاتَبِ سَهْمًا مِن الصَّدَقَةِ ، بقوله تعالى : ﴿ وَفِى ٱلرِّقَابِ ﴾[1] . وهم المُكاتَبون ، فلا يَصِحُّ اشْتِراطُ تَرْكِ طَلَبِ ما جَعَلَه اللهُ له .

٢٩٩٢ – مسألة : وله الإنْفاقُ على نَفْسِه ووَلَدِه ورَقِيقِه ، وكلِّ ما فيه صَلاحُ المالِ ؛ لأنَّ له التَّصَرُّفَ فى المالِ بما يَعودُ بمَصْلَحَتِه ومَصْلَحةِ مالِه ، والإنْفاقُ على نَفْسِه ووَلَدِه ورَقِيقِه مِن أهمِّ المصالِحِ ، فيُنْفِقُ عليهم ما يحتاجون إليه ؛ من مأْكَلِهم ومَشْرَبِهم وكِسْوَتِهم بالمَعْرُوفِ ، ممَّا لا غِنَى لهم عنه ، والحيوانِ الذى له . وله تأْدِيبُ عَبيدِه وتعزيرُهم ، إذا فَعَلوا ما يَسْتَحِقُّون ذلك ؛ لأنه مِن مَصْلَحَةِ مِلْكِه ، فمَلَكَه ، كالنَّفَقَةِ عليهم ، ولا يَمْلِكُ إقامَةَ الحدِّ عليهم ؛ لأنَّه مَوْضِعُ وِلايَةٍ ، وما هو مِن أهْلِها . وله أن يَخْتِنَهم ؛ لأنه مِن مَصْلَحَتِهم . وله المُطَالَبَةُ بالشُّفْعَةِ ، والأخْذُ بها ؛ لأنَّه نَوْعُ شِراءٍ ، فإن كان المُشْتَرِى للشِّقْصِ سيدَه فله أخذُه منه ؛ لأنَّ له أن يشترىَ منه . وإنِ اشْتَرَى المُكاتَبُ شِقْصًا لسيدِه فيه شَرِكَةٌ ، فله أخْذُه مِن المُكاتَبِ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنه مع سيدِه فى بابِ البَيْعِ والشِّراءِ كالأجْنَبِىِّ .

الإنصاف ....

(١) سورة التوبة ٦٠ .

المقنع

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ ، وَلَا يَتَسَرَّى ، وَلَا يَتَبَرَّعَ ، وَلَا يُقْرِضَ ، وَلَا يُحَابِىَ ، وَلَا يَقْتَصَّ مِنْ عَبْدِهِ الْجَانِى عَلَى بَعْضِ رَقِيقِهِ ، وَلَا يُعْتِقَ وَلَا يُكَاتِبَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَوَلَاءُ مَنْ يُعْتِقُهُ وَيُكَاتِبُهُ [١٩٦ظ] لِسَيِّدِهِ .

الشرح الكبير

وإن وَجبَتْ للسيدِ على مُكاتَبِه شُفْعَةٌ ، فادَّعَى المُكاتَبُ أنَّ سيدَه عَفا عنها ، سُمِعَتْ دَعْواه . وإن أنْكَره السيدُ ، كان عليه اليَمِينُ . وإن أذِنَ السيدُ لمُكاتَبِه فى البَيْعِ بالمحاباةِ ، صَحَّ منه ، وكان لسيدِه الأخْذُ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ بَيْعَه بالمحاباةِ مع إذنِ[1] سيدِه فيه صَحِيحٌ . ويَصِحُّ إقرارُ المُكاتَبِ بالبَيْعِ والشِّراءِ والعَيْبِ والدَّيْنِ ؛ لأنَّه يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه بذلك ، ومَن مَلَكَ شيئًا مَلَكَ الإقْرارَ به .

٢٩٩٣ – مسألة : (وليس له أن يَتزَوَّجَ ، ولا يَتَسَرَّى ، ولا يَتبرعَ ، وَلَا يُقْرِضَ ، ولا يحابِىَ ، ولا يَقْتَصَّ مِن عبدِه الجانِى على بَعْضِ رَقِيقِه ، وَلَا يُعْتِقَ ولا يُكاتِبَ إلَّا بإذْنِ سَيدِه ، [٣٩/٦ و] وولاءُ من يُعْتِقُه و يُكاتِبُه لسيدِه) وجملةُ ذلك ، أنَّ المُكاتَبَ ليس له أن يَتزَوَّجَ إلَّا بإذْنِ سيدِه .

الإنصاف

قوله : وليس له أَنْ يَتزَوَّجَ ، ولا يَتَسَرَّى ، ولا يَتبَرَّعَ ، ولا يُقْرِضَ ، ولا يُحابِىَ ، ولا يَقْتَصَّ مِن عبْدِه الجَانِى على بعضِ رَقِيقِه ، ولا يُعْتِقَ ولا يُكاتِبَ إلَّا بإذْنِ سَيِّدِه . لا يتزَوَّجُ المُكاتَبُ إلَّا بإذْنِ سيِّدِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : هو المذهبُ عندَ عامَّةِ الأصحابِ ، وقطَع به

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

وهو قولُ الحسنِ ، ومالكٍ ، واللَّيْثِ ، وأبى حنيفةَ ، والشافعىِّ ، وأبى يوسفَ . وقال الحسنُ بنُ صالحٍ : له ذلك ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، أشْبَهَ البَيْعَ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « أيُّما عَبْدٍ تزَوَّجَ بغَيْرِ إذْنِ مَوَالِيه[1] فَهُوَ عَاهِرٌ »[2] . ولأنَّ على السيدِ فيه[3] ضَرَرًا ؛ لأنَّه إن عَجَزَ رَجَعَ إليه ناقِصَ القِيمَةِ ، ويَحْتاجُ أن يُؤَدِّىَ المَهْرَ والنَّفَقَةَ مِن كَسْبِه ، فيَعْجِزُ عن أداءِ نُجُومِه ، فيُمْنَعُ مِن ذلك ، كالتَّبَرُّعِ به . فعلى هذا ، إذا تزَوَّجَ لم يَصِحَّ . وقال الثَّوْرِىُّ : نِكاحُه مَوْقُوفٌ ، إن أدَّى تَبَيَّنَّا أنَّه كان صَحِيحًا ، وإن عَجَزَ فنِكاحُه باطِلٌ . ولَنا ، الخبرُ ، ولأنَّه تَصَرُّفٌ مُنِعَ منه للضَّرَرِ ، فلم يَصِحَّ ، كالهِبَةِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يُفَرَّقُ بينَهما ، ولا مَهْرَ لها إن كان قبلَ الدُّخُولِ ، وإن كان بعدَه فعليه مَهْرُ المِثْلِ ، يُؤَدَّى مِن كَسْبِه ، كجِنايَتِه . فإن أتَتْ بولدٍ ، لَحِقَه نَسَبُه ؛ لأنَّه مِن وَطْءٍ فى نِكاحٍ فاسِدٍ . فإن كانتِ المرأةُ حُرَّةً فهو حُرٌّ . وإن كانت أمةً فهو رَقيقٌ لسيدِها . فإن أذِنَ له سيدُه

الإنصاف

عامَّتُهم . قلتُ : قطَع به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ،

---

(1) فى الأصل : « مولاه » .

(2) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى نكاح العبد بغير إذن مواليه ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى نكاح العبد بغير إذن سيده ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٣١ . والدارمى ، فى باب فى العبد يتزوج بغير إذن من سيده ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٥٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣٠١ ، ٣٧٧ كلهم من حديث جابر . وأخرجه ابن ماجه عن ابن عمر ، فى : باب تزويج العبد بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٣٠ .

(3) سقط من : م .

الشرح الكبير

فى النِّكاحِ صَحَّ ، فى قولِ الجميعِ ؛ فإنَّ الخَبَرَ يَدُلُّ بمَفْهُومِه على أنَّه يَصِحُّ إذا أذِنَ له ؛ لأنَّ المَنْعَ مِن نِكاحِه لِحَقِّ السيدِ ، فإذا أذِنَ فيه زال المَانِعُ . وقياسًا على ما إذا أذِنَ لعبدِه القِنِّ .

فصل : وليس له التَّسَرِّى بغيرِ إذْنِ سيدِه ؛ لأنَّ مِلْكَه نَاقِصٌ . وقال الزُّهْرِىُّ : لا يَنْبَغِى لأهلِه أن يَمْنَعُوه مِن التَّسَرِّى . ولَنا ، أنَّ على السيدِ فيه ضررًا ، فمُنِعَ منه ، كالتَّزْوِيجِ . وبيانُ الضَّرَرِ ، أنَّه ربَّما أحْبَلَها ، والحَمْلُ عَيْبٌ فى بَناتِ آدمَ ، وربَّما تَلِفَتْ ، ورُبَّما وَلَدت فصارَت أُمَّ وَلَدٍ ، يَمْتَنِعُ عليه بَيْعُها فى أداءِ كِتابَتِه ، فإن عَجَزَ[1] رَجَعَتْ إلى سيدِه[2] ناقِصَةً . وإذا مُنِعَ مِن التَّزويجِ لضَرَرِه ، فهذا أوْلَى . فإن أذِنَ له سيدُه جاز . وقال الشافعىُّ : لا يَجُوزُ . فى أحدِ القَوْلَيْن ؛ لأنَّه أمرٌ يَضُرُّ به ، ورُبَّما أفْضَى إلى مَنْعِه مِن العِتْقِ ، فلم يَجُزْ بإذْنِ السيدِ . ولَنا ، أنَّه [3]ناقِصُ المِلْكِ ، فلم يَجُزْ له التَّسَرِّى ، كوَطْءِ الجاريةِ المشتَرَكَةِ . ولَنا على الشافعىِّ ، أنَّه[3] لو أذِنَ لعَبدِه القِنِّ فى التَّسَرِّى جاز ، فالمُكاتَبُ[4] أوْلَى . ولأنَّ المَنْعَ كان

الإنصاف

و « الوَجيزِ »، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » . وقيل : له أنْ يتزَوَّجَ بغيرِ إذْنِه ، بخِلافِ المُكاتَبَةِ . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ » ، ونقَله إبْراهِيمُ الحَرْبِىُّ .

---

(١) فى الأصل : « عجزت » .
(٢) فى الأصل : « السيد » .
(٣ - ٣) سقط من : م .
(٤) فى م : « فللكاتب » .

الشرح الكبير

(1)لضَرَرِ السيدِ(1) ، فجاز بإذْنِه كالتَّزْويجِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إن تَسَرَّى بإذنِ سيدِه أو بغيرِ إذْنِه ، فلا حَدَّ عليه ؛ لشُبْهَةِ المِلْكِ ، ولا مَهْرَ عليه ؛ لأنَّه لو وَجَبَ لوَجَبَ له ، ولا يَجِبُ على الإنسانِ شيءٌ لنَفْسِه . فإن وَلَدَتْ فالنَّسَبُ لاحِقٌ به ؛ لأنَّ الحَدَّ إذا سَقَطَ للشُّبْهَةِ لَحِقَه النَّسَبُ ، ويكونُ الوَلَدُ مَمْلُوكًا له ؛ لأنَّه ابنُ أمَتِه ، ولا يَعْتِقُ عليه ، لأنَّ مِلْكَه غيرُ تامٍّ ، وليس له بَيْعُه ؛ لأنَّه وَلَدُه ، ويكونُ مَوْقُوفًا على كِتابَتِه . فإن أدَّى عَتَقَ وعَتَقَ الوَلَدُ ؛ لأنَّه مِلْكٌ لأبِيه الحُرِّ ، وإن عَجَزَ وعاد إلى الرِّقِّ ، فولَدُه رَقِيقٌ أيضًا ، ويكونان مَمْلُوكَيْن للسيدِ .

فصل : وليس له(2) أن يُزَوِّجَ عَبِيدَه وإماءَه [٣٩/٦ ظ] بغيرِ إذْنِ سيدِه . وهذا قولُ الشافعيِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . وذُكِرَ عن مالكٍ ، أنَّ له ذلك ، إذا كان على وَجْهِ النَّظَرِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على منْفَعةٍ ، فمَلَكَه ، كالإجارَةِ . وحُكِيَ عن القاضِى أنَّه قال فى « الخِصالِ » : له تَزْوِيجُ الأمَةِ دُونَ العَبْدِ ؛ لأنَّه يأخُذُ عِوَضًا عن تَزْوِيجِها ، بخِلافِ العَبْدِ ، ولأنَّه عَقْدٌ على منافِعِها ، أشْبَهَ إجارَتَها . ولَنا ، أنَّ على السيدِ فيه (3)ضَرَرًا ؛ لأنَّه(3) إن

الإنصاف

فائدة : ليس للمُكاتَبِ أنْ يُزَوِّجَ رَقِيقَه إلَّا بإذْنِ سيِّدِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ،

(١ - ١) فى م : « لأجل الضرر بالسيد » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣ - ٣) فى الأصل : « ضرر إلا أنه » .

الشرح الكبير

زَوَّجَ العَبْدَ لَزِمَتْه نَفَقَةُ امرأتِه ومَهْرُها ، وشَغَلَه بحقوقِ النِّكاحِ ، ونَقَصَ قِيمَتَه ، وإن زَوَّجَ الأَمَةَ مَلَكَ الزَّوْجُ بُضْعَها ، ونَقَصَتْ قِيمَتُها ، وقَلَّتِ الرَّغَباتُ[1] فيها . وربَّما امْتَنَعَ بَيْعُها بالكُلِّيَّةِ ، وليس ذلك مِن جِهاتِ المَكاسِبِ ، فربَّما أعْجَزَه ذلك عن أداءِ نُجُومِه ، وإن عَجَزَ عاد رَقِيقًا للسيدِ مع ما تَعَلَّقَ بهم مِن الحقوقِ ولَحِقَهم مِن النَّقْصِ . وفارَقَ الإجارَةَ ؛ فإنَّها مِن جهاتِ المَكاسِبِ عادةً . فعلى هذا ، إن وَجَبَ تَزْوِيجُهم لطَلَبِهم ذلك[2] وحاجَتِهم إليه ، باعَهُم ، فإن العبدَ متى طَلَبَ التَّزْوِيجَ خُيِّرَ سيدُه بينَ بَيْعِه وتَزْوِيجِه ، وإن أذِنَ السيدُ فى ذلك جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، والمَنْعَ منه .

فصل : وليس له اسْتِهْلاكُ مالِه ولا هِبَتُه . وبهذا[3] قال الحسنُ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ولا نَعْلَمُ فيه مخالفًا[4] ؛ لأنَّ حَقَّ سيدِه لم يَنْقَطِعْ عنه ؛ لأنَّه قد يَعْجِزُ فيَعُودُ إليه ، ولأنَّ

الإنصاف

ونَصَراه ، وصحَّحه فى « الكافِى » . وقيل : له ذلك إذا رأَى المَصْلَحَةَ . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ . وقيل : له أنْ يُزَوِّجَ الأَمَةَ دُونَ العَبْدِ . حكاه القاضى فى « خِصالِه » . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » . وليس للمُكاتَبِ أنْ يتَسَرَّى إلَّا بإذْنِ سيِّدِه . على

---

(١) فى الأصل : « الرغاب » .
(٢) فى الأصل : « لذلك » .
(٣) فى م : « به » .
(٤) فى م : « خلافًا » .

الشرح الكبير

القَصْدَ مِن الكتابَةِ تَحْصيلُ العِتْقِ بالأداءِ ، وهِبَةُ مالِه تُفَوِّتُ ذلك ، وتَجُوزُ بإذْنِ سيدِه . وقال أبو حنيفةَ : لا تَجُوزُ ؛ لأنَّه يَفُوتُ المقصودُ بالكِتابَةِ . وعن الشافعىِّ ، كالمذهبين . ولَنا ، أنَّ الحَقَّ لا يَخْرُجُ عنهما ، فجاز باتِّفاقِهما ، كالراهِنِ والمُرْتَهِنِ . ولا تَصِحُّ الهِبَةُ بالثَّوابِ . وقال الشافعىُّ فى أحَدِ قوْلَيْه : تَصِحُّ ؛ لأنَّ فيها مُعاوَضَةً . ولَنا ، أنَّ الاخْتِلافَ فى تَقْديرِ الثَّوابِ يُوجِبُ الغَرَرَ ، ولأنَّ عِوَضَها يتأخَّرُ ، فهو كالبَيْعِ نَسِيئةً . وإن أذِنَ [1]السيدُ فيها[1] جازَت ، ولذلك إن وَهَبَ لسيدِه أو لابنِ سيدِه الصَّغيرِ جاز ؛ لأنَّ قَبُولَه للهِبَةِ إذْنٌ فيها . وليس له أن يُحابِىَ فى البيعِ ، ولا يَزِيدَ فى الثَّمنِ الذى اشْتَرَى به ؛ لأنَّه إتْلافٌ للمالِ على سيدِه ، فأشْبَهَ الهِبَةَ . ولا يجوزُ له أن يُعِيرَ دابَّتَه ، ولا يُهْدِىَ هَدِيَّةً . وأجاز ذلك أصحابُ الرَّأْىِ . ويَحْتَمِلُ جوازُ إعارَةِ دابَّتِه وهَدِيَّةِ المأكولِ ، ودُعائِه إليه ، كالمأذُونِ له ؛ لأنَّ المُكاتَبَ لا يَنْحطُّ عن دَرَجَتِه . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّه تَبرُّعٌ

الإنصاف

الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ »، و«المُذْهَبِ»، و« المُسْتَوْعِبِ »، و « الخُلاصَةِ »، و « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « النَّظْمِ »، و « الفُروعِ »، و « الفائقِ »، وغيرِهم . [2]وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وعنه ، المَنْعُ . وعنه ، عكْسُه . ذكَرهما فى « الفُروعِ » ، ولم أرَهما فى غيرِه[2] . وليس له أنْ يَتبرَّعَ ولا يُقْرِضَ ولا يُحابِىَ ، إلَّا بإذْنِ سيِّدِه ، بلا خِلافٍ

(١ - ١) فى الأصل : « فيه السيد » .

(٢ - ٢) سقط من : ط .

الشرح الكبير

بماله ، فلم يَجُزْ ، كالهِبَةِ . وليس له أن يُوصِىَ بماله ، ولا يَحُطَّ عن المُشْتَرِى شيئًا ، ولا يُقْرِضَ ، لأنَّه يُعَرِّضُه للإتلافِ ، ولا يَضْمَنَ ، ولا يتكَفَّلَ بأخْذٍ . وبه قال الشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ ذلك تبرُّعٌ بماله ، فهو كالهِبَةِ ، ولا يَقْتَصُّ[1] مِن عبدِه الجانى على بعضِ رَقِيقِه . ذَكَره أبو بَكْرٍ [2]وأبو الخَطَّاب[2] ؛ لأنَّ فيه إتْلافَ المالِ على سيدِه . وقال القاضى : له أن يَقْتَصَّ[1] مِن الجُناةِ عليه وعلى رَقِيقِه ، ويأْخُذَ الأَرْشَ ؛ لأنَّ فيه مَصْلَحَتَه .

فصل : ولا يُعْتِقُ رَقِيقَه إلَّا بإذْنِ [٦/٤٠ و] سيدِه . وبه قال الحسنُ ، والأَوْزَاعِىُّ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو حنيفةَ ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا على سيدِه بتَفْويتِ مالِه فيما لا يَحْصُلُ له به مالٌ ، أشْبَهَ الهِبَةَ . فإن أعْتَقَ لم يَصِحَّ إعْتاقُه . ويَتَخَرَّجُ أن يَصِحَّ ويَقِفَ على إذْنِ سيدِه . وقال أبو بكرٍ : هو مَوْقُوفٌ على آخِرِ أمرِ المُكاتَبِ ، فإن أدَّى عَتَقَ مُعْتَقُه ، وإن لم يُؤَدِّ رَقَّ .

الإنصاف

أعْلَمُه . وليس له أنْ يقْتَصَّ مِن عَبْدِه الجانِى على بعضِ رَقيقِه ، إلَّا بإذْنِ سيِّدِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَدَمِىِّ » . واخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وأبو الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وقيل : يجوزُ له ذلك . اخْتارَه القاضى . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الكافِى » . وأطْلَقَهما فى

---

(١) فى الأصل : « يقبض » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

قال القاضى : هذا قياسُ المذهبِ ، كقَوْلِنا فى ذَوِى الأَرْحامِ أَنَّهم مَوْقُوفُونَ . ولَنا ، أنَّه تبرُّعٌ بمالِه بغَيْرِ إذْنِ سيدِه ، فكان باطِلًا ، كالهِبَةِ . ولأنَّه تَصرَّفَ تَصرُّفًا مُنِعَ منه لِحَقِّ سيدِه ، فكان باطِلًا ، كسائِرِ ما مُنِعَ منه . ولا يَصِحُّ قياسُه على ذَوِى أَرْحامِه ؛ لأنَّ عِتْقَهم ليس بتَصَرُّفٍ منه ، وإنَّما يُعْتِقُهم الشَّرْعُ على مالِكِهم بمِلْكِهم ، والمُكاتَبُ مِلْكُه نَاقِصٌ ، فلم يَعْتِقُوا به ، فإذا عَتَقَ كَمَلَ مِلْكُه ، فعَتَقُوا حِينَئِذٍ . والمُعْتَقُ إنَّما يَعْتِقُ بالإِعْتاقِ الذى كان باطِلًا ، فلا تَتَبيَّنُ صِحَّتُه إذا كَمَلَ المِلْكُ ؛ لأنَّ كمالَ المِلْكِ فى الثانى لا يُوجِبُ كونَه كامِلًا حينَ الإِعْتاقِ ، ولذلك لا يَصِحُّ سائِرُ تَبَرُّعاتِه بأدائِه ، فإن أَذِن فيه سيدُه صَحَّ . وقال الشافعىُّ ، فى أحدِ قولَيْه : لا يصحُّ ؛ لأنَّ تبرُّعَه بمالِه يُفَوِّتُ المَقْصُودَ مِن كِتابَتِه ، وهو العِتْقُ

الإنصاف

« المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » . وأمَّا العِتْقُ ، فلا يخلُو ؛ إمَّا أنْ يُعْتِقَه مجَّانًا ، أو على عِوَضٍ فى ذِمَّتِه ، فإنْ أعْتَقَه مجَّانًا ، لم يجُزْ إلَّا بإذْنِ سيِّدِه . بلا نِزاعٍ . فلو خالَفَ وفعَل ، فالعِتْقُ باطِلٌ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه فى « الفائقِ » . وقال أبو بَكْرٍ ، والقاضى : عِتْقُه مَوْقوفٌ على انْتِهاءِ الكِتابَةِ ؛ فإنْ عتَق عتَقُوا ، وإنْ رَقَّ رَقُّوا ، كما لو ملَك ذا رَحِمٍ منه . وخرَّج وَقْفَه على رِضَا السَّيِّدِ . قالَه فى « الفائقِ » . وإنْ أعْتَقَه بمالٍ فى ذِمَّتِه ، فظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه ليس له ذلك إلَّا بإذْنِ سيِّدِه . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يجوزُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ إذا رَآه مَصْلَحَةً له .

الشرح الكبير

الذى هو حَقٌّ لله تعالى أو فيه حَقٌّ له ، فلا يجوزُ تَفْوِيتُه ، ولأنَّ العِتْقَ لا يَنْفَكُّ مِن الولاءِ ، وليس مِن أهلِه ، ولأنَّ مِلْكَ المكاتَبِ نَاقِصٌ ، والسيدُ لا يَمْلِكُ إعْتاقَ ما فى يَدِه ولا هِبَتَه ، فلم يَصِحَّ إذْنُه فيه . ولَنا ، أنَّ الحَقَّ لا يَخْرُجُ عنهما ، فإذا اتَّفَقَا على التَّبرُّعِ به جازَ ، كالرَّاهِنِ والمُرْتَهِنِ . وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بالنِّكاحِ ؛ فإنَّه لا يَمْلِكُه ولا يَمْلِكُه السيدُ عليه ، وإذا أذِنَ فيه جازَ . وأما الولاءُ فإنَّه يكونُ مَوْقُوفًا ؛ فإن عَتَقَ[1] المُكَاتَبُ كان[2] له ، وإلَّا فهو لسيدِه ، كما يَرِقُّ مماليكُه مِن ذَوِى أرْحامِه . هذا قولُ القاضى . وقال أبو بكرٍ : يكونُ لسيدِه ؛ لأنَّ[3] إعْتاقَه إنَّما صَحَّ[4] بإذْنِ سيدِه ، فكان كنائِبِه .

الإنصاف

وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و «الفُروعِ»، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » . وأمَّا المُكاتَبَةُ ، فليس له ذلك إلَّا بإذْنِ سيِّدِه . وهو أحدُ الوَجْهَيْن ، وهو المذهبُ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الكافِى »، و « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و « الفائقِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يجوزُ . اخْتارَه القاضى ، وأبو الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » . وقال أبو بَكْرٍ : هو مَوْقوفٌ ، كقَوْلِه فى العِتْقِ المُنْجَزِ .

---

(١) فى الأصل : « أعتق » .
(٢) فى م : « لأن » .
(٣) فى م : « كان » .
(٤) فى الأصل : « يصح » .

الشرح الكبير

فصل : قال شيخُنا[1] : وليس له أن يَحُجَّ إذا احْتاجَ إلى إنْفاقِ مالِه فيه . وذَكَرَ فى كِتابِ الاعتِكافِ[2] ، أنَّ له أن يَحُجَّ بغَيرِ إذْنِ سيدِه ؛ لأنه كالحُرِّ المَدينِ[3] . ونَقَل المَيْمُونِىُّ عن أحمدَ ، أنَّ للمُكاتَبِ أن يَحُجَّ مِن المالِ الذى جَمَعَه إذا لم يَأْتِ نَجْمُه . قال شيخُنا[4] : وذلك مَحْمُولٌ على أنَّه يَحُجُّ بإذْنِ سيدِه ، أمَّا بغيرِ إذْنِه فلا يَجُوزُ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بما يُنْفِقُ مالَه فيه ، فلم يَجُزْ ، كالعِتْقِ . فأمّا إن أمْكَنَه الحَجُّ مِن غيرِ إنْفاقِ مالِه ، كالذى يَتَبَرَّعُ له إنْسانٌ بإحْجاجِه ، أو يَخْدُمُ مَن يُنْفِقُ عليه ، فيجوزُ إذا لَم يأْتِ نَجْمُه ؛ لأنَّ هذا يَجْرِى مَجْرَى تَرْكِه المَكْسَبَ[5] ، وليس ذلك ممَّا يُمْنَعُ منه .

الإنصاف

فائدة : قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » هنا : ليس له أنْ يحُجَّ إنِ احْتاجَ إلى الإنْفاقِ مِن مالِه فيه . وذكَر المُصَنِّفُ أيضًا فى « المُقْنِع » فى بابِ الاعْتِكافِ ، له أنْ يحُجَّ بغيرِ إذْنِ سيِّدِه ؛ لأنَّه كالحُرِّ المَدِينِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرَى » هناك . ونقَل المَيْمُونِىُّ ، له أنْ يحُجَّ مِنَ المالِ الذى جمَعَه [٣/١٤٩ظ] ، ما لم يأْتِ نَجْمُه . قال المُصَنِّفُ ، والقاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : هذه الرِّوايَةُ محْمولَةٌ على أنَّه يحُجُّ بإذْنِ سيِّدِه ، وأمَّا بغيرِ إذْنِه ، فلا يجوزُ . انتهى . قال فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « النَّظْمِ » ، و « المُنَوِّرِ » ،

---

(١) فى : المغنى ١٤/٤٨٢ .
(٢) فى الأصل : « الإعتاق » . وانظر ما تقدم فى ٧/٥٧٣ ، ٥٧٤ فى كتاب الاعتكاف .
(٣) فى الأصل : « المدبر » .
(٤) فى المغنى ١٤/٤٨٢ .
(٥) فى الأصل : « المكتسب » .

الشرح الكبير

فصل : وليس للمُكاتَبِ أن يُكاتِبَ إلَّا بإذْنِ سيدِه . وهذا قولُ الحسنِ ، والشافعيِّ ؛ لأنَّ الكِتابَةَ نَوْعُ إعْتاقٍ ، فلم تَجُزْ مِن المُكاتَبِ ، كالمُنْجَزِ . ولأنَّه لا يَمْلِكُ الإعْتاقَ ، فلم يَمْلِكِ الكِتابَةَ ، كالمأْذُونِ واخْتار[1] القاضى جوازَ الكِتابَةِ . وهو الذى ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ، فى « رُءُوسِ المسائِلِ » . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى [٦/٤٠ ظ] حنيفةَ ، والثَّوْرِىِّ ، والأوْزَاعِىِّ ؛ لأنه نَوْعُ مُعاوَضَةٍ ، فأشْبَهَ البَيْعَ . وقال أبو بكرٍ : هو مَوْقُوفٌ . كقَوْلِه فى العِتْقِ المُنْجَزِ ، فإن أذِنَ فيها السيدُ صَحَّتْ . وقال الشافعىُّ : فيها قولان . وقد ذَكَرْنا ذلك فيما تَقَدَّمَ .

٢٩٩٤ – مسألة : (وولاءُ مَن يُعْتِقُه ويُكاتِبُه لسيدِه) إذا كاتَبَ عبدَه فعَجَزا جَمِيعًا صارا رَقِيقَيْن للسيدِ . وإن أدَّى المُكاتَبُ الأوَّلُ ، ثم

الإنصاف

و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم ، فى بابِ الاعْتِكافِ : ويحُجُّ بغيرِ إذنِه ، ما لم يَحِلَّ عليه نجْمٌ فى غَيْبَتِه . نصَّ عليه . انتهى . فقطَعُوا بذلك . وقال فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وفى جَوازِ حَجِّه بمالٍ بإذْنِ سيِّدِه رِوايَتان . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » فى هذا البابِ : وفى جَوازِ حَجِّه بمالِه بإذْنِ سيِّدِه رِوايَتان . وعنه ، له الحَجُّ بلا إذْنِه . وعنه ، ما لم يحِلَّ نجْمٌ . قال فى « الفُروعِ » : وله الحَجُّ بمالِه ما لم يحِلَّ نجْمٌ . وقيل : مُطْلَقًا . وأطْلَقه فى « التَّرْغيبِ » وغيرِه . وقالوا : نصَّ عليه . وتقدَّم بعضُ ذلك فى أوَّلِ كتابِ الاعْتِكافِ .

قوله : ووَلاءُ مَن يُعْتِقُه ويُكاتِبُه لسَيِّدِه . هذا المذهبُ مُطْلَقًا . جزَم به فى

---

(١) فى م : « اختيار » .

الشرح الكبير

أدَّى الثاني ، فوَلاءُ كلٍّ واحدٍ منهما لمُكاتِبه . وإن أدَّى الأولُ وعَجَز الثانى صار رَقِيقًا للأولِ . وإن عجز الأولُ وأدَّى الثانى فولاؤُه للسيِدِ الأولِ . وإن أدَّى الثانى قبلَ عِتْقِ الأوَّلِ عَتَقَ . قال أبو بكرٍ : ووَلاؤُه للسيدِ . وهو قول أبي حنيفةَ ؛ لأنَّ العِتقَ لايَنْفَكُّ عن الوَلاءِ . والولاءُ لايُوقَفُ ؛ لأنَّه سَبَبٌ يُورَثُ به ، فهو كالنَّسَبِ ، ولأنَّ المِيراثَ لا يَقِفُ ، كذلك سَبَبُه . وقال القاضى : هو مَوْقُوفٌ ؛ إن أدَّى عَتَقَ والولاءُ له ، وإلَّا فهو للسيدِ . وهذا أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « إنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ »[1] . ولأنَّ العَبْدَ ليس بمِلْكٍ له ، ولا يجوزُ أن يَثْبُتَ له الوَلاءُ على مَن لم يَعْتِقْ فى مِلْكِه . وقولُهم : لا يجوزُ أن يَقِفَ كما لم يَقِفِ النَّسَبُ والميراثُ . ليس كذلك ؛ فإنَّ النَّسَبَ يَقِفُ على بُلُوغِ الغُلامِ وانْتِسابِه إذا لم تُلْحِقْه القَافَةُ بأحدِ الواطِئين ، وكذلك المِيراثُ يُوقَفُ ، على أنَّ[2] الفَرْقَ بينَ النَّسَبِ والميراثِ وبينَ الولاءِ ، أنَّ الوَلاءَ يجوزُ أن يَقَعَ لشَخْصٍ ثم يَنْتَقِلَ ، وهو ما يَجُرُّه مَوْلَى الأبِ مِن مَوْلَى الأُمِّ ، فجازَ أن يكونَ مَوْقُوفًا . والنَّسَبُ والمِيراثُ بخلافِ ذلك . فإن مات المُعْتَقُ قبلَ عِتْقِ المُكاتَبِ ، وقُلْنا : الوَلاءُ للسيدِ . وَرِثَه . وإن قُلْنا : هو موقوفٌ . فمِيراثُه أيضًا مَوْقوفٌ .

الإنصاف

« الهِدَايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ »، و « المُنَوِّرِ »، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ »، و «الرِّعايتَيْن»،

---

(١) تقدم تخريجه فى ١١/٢٣٤ ، ٢٣٥ .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وليس له أن يَبِيعَ نَسِيئَةً وإن باع السِّلْعَةَ بأضْعافِ قِيمَتِها . وهذا مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ فيه تَغْرِيرًا بالمالِ ، وهو مَمْنوعٌ منه ؛ لتَعَلُّقِ حَقِّ السيدِ به . قال القاضى : ويَتَخَرَّجُ الجوازُ ، بِناءً على المُضارِبِ أنَّ له البَيْعَ نَسِيئَةً ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن ، فيُخَرَّجُ هٰهُنا مثلُه . وسواءٌ أخذَ ضَمِينًا[(١)] أو رَهْنًا[(٢)] أو لم يَأْخُذْ ؛ لأنَّ الغَرَرَ باقٍ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يَتْلَفَ الرَّهْنُ ويُفْلِسَ الغَرِيمُ والضَّمِينُ . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ مع الرَّهْنِ والضَّمِينِ ؛ لأنَّ الوَثِيقَةَ قد حَصَلَتْ به ، والعَوارِضُ نادِرَةٌ على خِلافِ الأصْلِ . فإن باع بأكْثَرَ مِن قِيمَتِه حالًّا ، وجَعَلَ الزِّيادَةَ مُؤَجَّلَةً ، جازَ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ رِبْحٌ .

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » : إنْ كاتبَه بإذْنِ سيِّدِه . وقيل : الوَلاءُ للمُكاتَبِ إنْ عتَق . زادَ فى « الفائقِ » ، مع أمْنِ ضَرَرٍ فى مالِه . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : إنْ أدَّى الأوَّلُ ثم أدَّى الثَّانى ، فوَلاءُ كلِّ واحدٍ لمُكاتِبِه ، وإنْ أدَّى الأوَّلُ وعجَز الثَّانى ، صارَ رقيقًا للأوَّلِ ، وإنْ عجَز الأوَّلُ وأدَّى الثَّانى ، فوَلاؤُه للسَّيِّدِ الأوَّلِ ، وإنْ أدَّى الثَّانى قبلَ عِتْقِ الأوَّلِ ، عتَق . قال أبو بَكْرٍ : ووَلاؤُه للسَّيِّدِ . ورَجَّحه القاضى فى « الخِلافِ » . قالَه فى « القاعِدَةِ السَّادسَةَ عشْرَةَ (٣ بعد المِائَةِ ٣) » . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : هو مَوْقوفٌ ؛ إنْ أدَّى عتَق ، ووَلاؤُه له ، وإلَّا فهو للسَّيِّدِ .

---

(١) فى الأصل : « ضمنًا » .

(٢) فى م : « هينًا » .

(٣ - ٣) سقط من : النسخ . انظر : « القواعد الفقهية » ٢٨٦ .

المقنع وَلَا يُكَفِّرُ بِالْمَالِ . وَعَنْهُ ، لَهُ ذَلِكَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ .

الشرح الكبير وإنِ اشْتَرَى نَسِيئةً جازَ ؛ لأنَّه لا[1] غَرَرَ فيه . ولا يجوزُ أن يدْفَعَ به رَهْنًا ؛ لأنَّ الرَّهْنَ أمَانَةٌ ، وقد يَتْلَفُ أو يَجْحَدُه الغَرِيمُ . وليس له أن يَدْفَعَ مالَه سَلَمًا[2] ؛ لأنَّه فى مَعْنَى البَيْعِ نَسِيئَةً . وله أن يَسْتَسْلِفَ فى ذِمَّتِه ؛ لأنَّه فى مَعْنَى الشِّراءِ نَسِيئَةً . وله أن يَقْتَرِضَ ؛ لأنَّه يَنْتَفِعُ بالمالِ . وليس له أن يَدْفَعَ مالَه مُضَارَبةً ؛ لأنَّه يُسَلِّمُه إلى غيرِه ، فيُغَرِّرُ به . وفى الرَّهْنِ [٤١/٦ و] والمُضارَبَةِ وجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يجوزُ[3] . وله أن يأْخُذَ قِراضًا ؛ لأنَّه مِن أنْواعِ الكَسْبِ . ومذهبُ الشافعىِّ فى هذا الفَصْلِ كلِّه على ما ذَكَرْنا .

٢٩٩٥ - مسألة : (ولا يُكَفِّرُ بالمالِ . وعنه ، له ذلك بإذْنِ سيدِه) إذا لَزِمَتِ المُكاتَبَ كَفَّارَةُ ظِهارٍ ، أو جِماعٍ فى رَمضانَ ، أو قَتْلٍ ، أو كَفَّارَةُ يَمينٍ ، لم يَكُنْ له التَّكْفِيرُ بالمالِ ؛ لأنَّه عَبْدٌ ، ولأنَّه فى حُكْمِ المُعْسِرِ ، بدليلِ أنَّه لا تَلْزَمُه زَكاةٌ ، ولا نَفَقَةُ قَرِيبٍ ، وله أخْذُ الزَّكاةِ لحاجَتِه . وكَفَّارَةُ العَبْدِ والمُعْسِرِ الصِّيامُ . وإن أذِنَ له سيدُه فى التَّكْفِيرِ

الإنصاف قوله : ولا يُكَفِّرُ بالمالِ . هذا إحْدَى الرِّواياتِ مُطْلَقًا . جزَم به فى « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وعنه ، له ذلك بإذْنِ سيِّدِه . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الكافِى » ،

---

(١) سقط من : الأصل .
(٢) فى الأصل : « مسلمًا » .
(٣) فى م : « لا يجوز » .

الشرح الكبير

بالمالِ جازَ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ التَّبرُّعِ ، ولأنَّ المَنْعَ لِحَقِّه ، وقد أَذِنَ فيه . ولا يَلْزَمُه التَّكْفِيرُ بالمالِ وإن أذِنَ فيه السيدُ ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا لمَا يُفْضِى إليه مِن تَفْوِيتِ حُرِّيتِه ، كما أنَّ التَّبَرُّعَ لا يَلْزَمُه بإذْنِ سيدِه . وقال القاضى : المُكاتَبُ كالعبدِ القِنِّ فى التَّكْفِيرِ . ومتى أذِنَ له سيدُه فى التَّكْفِيرِ بالمالِ[1] انْبنى على مِلْكِ العبدِ بالتَّمْليكِ . فإن قُلْنا : لا يَمْلِكُ . لم يَصِحَّ تكْفِيرُه بغيرِ الصِّيامِ ، سواءٌ أذِنَ فيه أو لم يأْذَنْ ؛ لأنَّه يُكَفِّرُ بما ليس بمَمْلوكٍ له[1] . وإن قُلْنا : يَمْلِكُ بالتَّمْليكِ . صَحَّ تَكْفِيرُه بالإِطْعامِ ، إذا أذِنَ فيه السيدُ . وإن أذِنَ له فى التَّكْفِيرِ بالعِتْقِ ، فهل يَصِحُّ ؟ على رِوايَتَيْن نَذْكُرُهما فى تَكْفِيرِ العَبْدِ ، إن شاء اللهُ تعالى . قال شيخُنا[2] : والصَّحيحُ أنَّ هذا التَّفْصِيلَ لا يَتَوَجَّهُ فى المُكاتَبِ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ المالَ بغيرِ خِلافٍ ؛ وإنَّما مِلْكُه ناقِصٌ ؛ لتَعَلُّقِ حَقِّ سيدِه به ، فإذا أذِنَ له سيدُه فيه ، صَحَّ ، كالتَّبرُّعِ .

الإنصاف

و « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . وعنه ، يُكَفِّرُ بالمالِ مُطْلَقًا . وقال القاضى : المُكاتَبُ كالقِنِّ فى التَّكْفيرِ ، فإنْ أَذِنَ له سَيِّدُه فى التَّكْفيرِ بالمالِ ، انْبَنَى على مِلْكِ العَبْدِ بالتَّمْليكِ ؛ فإنْ قُلْنا : لا يَمْلِكُ . لم يصِحَّ تكْفيرُه بغيرِ الصِّيامِ مُطْلَقًا . وإنْ قُلْنا : يمْلِكُ . صحَّ بالإِطْعامِ إذا أَذِنَ فيه سيِّدُه . وإنْ أذِنَ فى التَّكْفيرِ بالعِتْقِ ، فهل يصِحُّ ؟ على روايتَيْن . قال المُصَنِّفُ : والصَّحيحُ أنَّ هذا التَّفْصِيلَ لا يَتَوَجَّهُ فى المُكاتَبِ ؛ لأنَّه يمْلِكُ المالَ بغيرِ خِلافٍ ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى : المغنى ١٤/ ٥٣١ .

المقنع وَهَلْ لَهُ أَنْ يَرْهَنَ أَوْ يُضَارِبَ بِمَالِهِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٩٩٦** – مسألة : (وهل له أن يَرْهَنَ أو يُضارِبَ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن) أحَدُهما ، لا يجوزُ ؛ لأنَّ فى دَفْعِ مالِه إلى غيرِه تغْرِيرًا به ، وفى الرَّهْنِ خَطَرٌ ؛ لأنَّه قد يَتْلَفُ أو يَجْحَدُه الغَرِيمُ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . والثانى ، يجوزُ ؛ لأنَّه قد يَرَى الحَظَّ فيه ، بدليلِ أنَّ لِوَلِىِّ اليَتِيمِ أن يَفْعَلَه فى مالِ اليَتِيمِ ، فجازَ ، كإجارَتِه .

الإنصاف وإنَّما مِلْكُه ناقِصٌ ؛ لتعَلُّقِ حقِّ السَّيِّدِ به ، فإذا أذِنَ له ، صحَّ ، كالتَّبرُّعِ .

تنبيه : حيثُ جوَّزْنا له التَّكْفيرَ بالمالِ ، فإنَّه لا يلْزَمُه . قالَه الزَّرْكَشِىُّ وغيرُه .

قوله : وهل له أَنْ يَرْهَنَ أو يُضارِبَ بمالِه ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . وكذا قال فى « الهِدَايَةِ » . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « الخُلاصَةِ »، و « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ »، و « الشَّرْحِ »، و « النَّظْمِ »، و « الرِّعايَتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « الفُروعِ »، و « الفائقِ »، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ؛ أحدُهما ، ليس له ذلك . وهو الصَّحيحُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » فى مَوْضِعٍ آخَرَ . والوَجْهُ الثَّانى ، له ذلك . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، فى جَوازِ بَيْعِه نَساءً ، ولو برَهْنٍ ، وهِبَتِه بعِوَضٍ ، وحَدِّ رَقيقِه ، وَجْهان . وأطْلَقَهما فى «الفُروعِ» . وأطْلَقَهما فى «الرِّعايتَيْن»، و «المُحَرَّرِ»، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » فى الأُولَى والأخِيرَةِ . وأطْلَقَهما فى « النَّظْمِ » فى البَيْعِ نَساءً . وقدَّم فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، أنَّه ليس له

المقنع وَلَيْسَ لَهُ شِرَاءُ ذَوِى رَحِمِهِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . وَقَالَ الْقَاضِى : لَهُ ذَلِكَ .

الشرح الكبير **٢٩٩٧** – مسألة : (وليس له شِراءُ ذَوِى رَحِمِه إلَّا بإذْنِ سيدِه)

الإنصاف أنْ يبيعَ نَساءً . وقدَّمه فى « الكافِى » فى الجميعِ . وجزَم فى « الوَجيزِ » ، ليس له أنْ يهَبَ ولو بثَوابٍ مَجْهولٍ ، ولا يَحُدَّ . وجزَم فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، ليس له أنْ يهَبَ ولو بثَوابٍ مَجْهولٍ . وجزَم فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، أنَّه لا تصِحُّ الهِبَةُ بالثَّوابِ . وقيل : يجوزُ بيْعُه نَساءً مِن غيرِ رَهْنٍ ولا ضَمِينٍ . ففى البَيْعِ نَساءً ثلاثَةُ أوْجُهٍ ؛ الجوازُ ، وهو تخْريجٌ للقاضى مِنَ المُضارِبِ . وعدَمُه . والجوازُ برَهْنٍ أو ضَمِينٍ . الثَّانيةُ ، ليس له أنْ يقْتَصَّ لنَفْسِه ممَّن جنَى على طرَفِه بغيرِ إذنِ سيِّدِه ، على أحَدِ الوَجْهَيْن . قال فى « الرِّعايَةِ » : ولا يقْتَصُّ لنَفْسِه مِن عُضْوٍ ، وقيل : أو جُرْحٍ ، بدُونِ إذْنِ سيِّدِه فى الأصحِّ . وكذا قال فى « الفائقِ » . قال القاضى فى « خِلافِه » : وهو قِياسُ قَوْلِ أبى بَكْرٍ . قال فى « القاعِدَةِ السَّابعَةِ والثَّلاثِينَ بعدَ المِائةِ » : وفيه نظرٌ . وقيل : له ذلك . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . قلتُ : وهذا المذهبُ ، والقوْلُ الأوَّلُ ضعيفٌ جدًّا . وقد ذكَر الأصحابُ [٣/١٤٩و] قاطِبَةً أنَّ العَبْدَ لو وجَب له قِصاصٌ ، أنَّ له طلَبَه والعَفْوَ عنه ، كما ذكَرَه المُصَنِّفُ فى آخِرِ بابِ العَفْوِ عنِ القِصاصِ . فههنا بطَريقٍ أوْلَى وأحْرَى ، اللَّهُمَّ إلَّا أنْ يُقالَ : له الطَّلَبُ وليس له الفِعْلُ . قلتُ : وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » .

قوله : وليس له شِراءُ ذَوِى رَحِمِه إلَّا بإذْنِ سَيِّدِه . هذا أحدُ الوَجْهَيْن . قدَّمه فى « الهِدايَةِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الخُلاصةِ » . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وقال القاضى : له ذلك . نصَّ عليه ،

الشرح الكبير

(٧)ذَكَره أبو الخطَّابِ ؛ لأنَّه(١) تصرُّفٌ يُؤَدِّى إلى إتْلافِ مالِه ، لأنه يُخرِجُ مِن مالِه ما يجوزُ التَّصرُّفُ فيه فى مُقابَلَةِ ما لا يجوزُ له التَّصرُّفُ فيه ، أشْبَهَ الهِبَةَ . وهذا قولُ الشافعىِّ . (وقال القاضى : له ذلك) وهذا قولُ الثَّوْرِىِّ ، وإسْحاقَ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنه اشْتَرَى مَمْلُوكًا لا ضَرَرَ على السيدِ فى شِرائِه ، فصَحَّ ، كالأجْنَبِىِّ . وبيانُه أنه يأْخُذُ كَسْبَهم ، وإن عَجَز صاروا رَقِيقًا لسيدِه ، ولأنَّه يَصِحُّ أن يَشْتَرِيَه غيرُه ، فصَحَّ شِراؤُه له ، كالأجْنَبِىِّ . ويُفارِقُ الهِبَةَ ؛ لأنها تُفَوِّتُ المالَ بغيرِ عِوَضٍ ولا نَفْعٍ يَرْجِعُ إلى المُكاتَبِ (٢)ولا السيدِ(٢) . ولأنَّ السببَ تَحقَّقَ ، وهو صُدُورُ التَّصرُّفِ مِن أهْلِه فى مَحلِّه ، ولم يَتَحقَّقِ المانِعُ ؛ لأنَّ ما ذَكَرُوه لا نَصَّ فيه ، ولا له أصْلٌ يُقاسُ عليه . فإن أذِنَ فيه سيدُه جازَ . وهو قولُ مالكٍ ؛ لأنَّ المَنْعَ لِحَقِّ سيدِه ، فجاز بإذْنِه . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشافعىِّ . وقال بعضُهم : فيه قولان .

الإنصاف

وهو المذهبُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا الأَشْهَرُ . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وله شِراءُ ذَوِى رَحِمِه بلا إذْنِ سيِّدِه ، فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وإليه مَيْلُ الشَّارِحِ . وقطَع به الشَّرِيفُ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهِما » ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » .

(١ - ١) زيادة من : الأصل .

(٢ - ٢) فى م : « ولاء السيد » .

المقنع

وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَهُمْ إِذَا وُهِبُوا لَهُ ، أَوْ وُصِّىَ لَهُ بِهِمْ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ بِمَالِهِ .

الشرح الكبير

[٤١/٦ ظ] **٢٩٩٨** – مسألة : (وله أن يَقْبَلَهم إذا وُهِبُوا له ، أو وُصِّىَ له بِهم) لأنَّه إذا مَلَكَ شِراءَهم مع ما فيه مِن بَذْلِ[1] مالِه ، فلأَنْ يجوزَ بغيرِ عِوَضٍ أوْلَى . وعندَ مَن لا يَرى جَوازَ شِرائِهم بغيرِ إذْنِ السيدِ ، لا يجوزُ قَبُولُهم ، إلَّا (إذا لم يكُنْ فيه ضَرَرٌ بمالِه) كما قالوا فى وَلِىِّ اليَتيمِ إذا وَصَّى لليَتيمِ بمَن يَعْتِقُ عليه .

الإنصاف

قوله : وله أَنْ يقبَلَهم إذا وُهِبُوا له ، أو وُصِّىَ له بهم ، إذا لم يكُنْ فيه ضَرَرٌ بمالِه . وقطَع به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » . وشرَح على ذلك ابنُ مُنَجَّى . وقيل : له أنْ يقْبَلَهم فى الهِبَةِ ، والوَصِيَّةِ ، ولو أَضَرَّ ذلك بمالِه . وأَطْلَقَ الجوازَ ، مِن غيرِ التَّقْييدِ بالضَّرَرِ ، فى « الهِدايَةِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وهو إحْدَى نُسْخَتَىِ الخِرَقِىِّ . قال الشَّارِحُ : وله أنْ يقبَلَهم ؛ لأنَّه إذا ملَك شِراءَه فلَأَنْ يجوزَ له بغيرِ عِوَضٍ أوْلَى . وعندَ مَن لا يرَى جَوازَ شِرائِهم بغيرِ إذْنِ السَّيِّدِ ، لا يُجيزُ قَبُولَهم إذا لم يكُنْ فيه ضرَرٌ بمالِه .

فائدة : هل له أنْ يَفْدِىَ ذَوِى رَحِمِه إذا جَنَوْا ؟ فيه وَجْهانِ . وفى « المُنْتَخَبِ » ، و « المُذْهَبِ » له ذلك ، كالشِّراءِ . قالَه فى « الفُروعِ » . وقال فى « التَّرغيبِ » : يَفْدِيه بقِيمَتِه .

(١) سقط من : الأصل .

المقنع وَمَتَى مَلَكَهُمْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيْعُهُمْ ، وَلَهُ كَسْبُهُمْ ، وَحُكْمُهُمْ حُكْمُهُ ، فَإِنْ عَتَقَ عَتَقُوا ، وَإِنْ رَقَّ صَارُوا رَقِيقًا لِلسَّيِّدِ .

الشرح الكبير **٢٩٩٩** – مسألة : (وإذا مَلَكَهُم فليس له بَيْعُهم) ولا هِبَتُهم ، ولا إخْراجُهم عن مِلْكِه . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : له بَيْعُ مَن[١] عدا الوالِدِين والمَولودِين ؛ لأنَّهم ليست قَرَابَتُهم قرابَةً جُزْئيةً ولا بَعْضِيَّةً ، فأشْبَهُوا الأجانِبَ . ولَنا ، أنَّه ذو رَحِمٍ يَعْتِقُ عليه إذا عَتَقَ ، فلا يجوزُ بَيْعُه ، كالوالِدِين والمَوْلُودِين . ولأنَّه لا يَمْلِكُ بَيْعَهم إذا كان حرًّا ، فلا يَمْلِكه مُكاتَبًا ، كوالِدَيْه .

فصل : ولا يَعْتِقُونَ بمُجَرَّدِ مِلْكِه لهم ؛ لأنَّه لو باشَرَهم بالعِتْقِ أو أعْتَقَ غيرَهم ، لم يَقَعِ العِتْقُ ، فَلأن لا يَقَعَ بالشِّراءِ الذى أُقِيمَ مُقامَه أوْلَى . ومتى أدَّى وهُم فى مِلْكِه عَتَقُوا ؛ لأنَّه كَمُلَ مِلْكُه فيهم ، وزال تَعَلُّقُ حَقِّ سيدِه عنهم ، فعَتَقُوا حينَئِذٍ ، وولاؤُهم له دُونَ سيدِه ؛ لأنَّهم عَتَقُوا عليه بعدَ زَوالِ مِلْكِ سيدِه عنه ، فصارُوا بمَنْزِلَةِ ما لو اشْتَراهم بعدَ عِتْقِه . وإنْ عَجز ورُدَّ فى الرِّقِّ صاروا عَبيدًا للسيدِ ؛ لأنَّهم مِن مالِه ، فيَصِيرُون للسيدِ بعَجْزِه ، كعَبِيدِه الأجانِبِ ، (وله كَسْبُهم) لأنَّهم مماليكُه ، أشْبَهَ

الإنصاف قوله : ومتى ملَكَهم لم يكُنْ له بَيْعُهم ، وله كَسْبُهم ، وحُكْمُهم حُكْمُه ؛ فإنْ عتَق عَتَقُوا ، وإنْ رَقَّ صارُوا رَقِيقًا للسَّيِّدِ . مُرادُه بذلك ، ذَوُو رَحِمِه . واعلمْ أنَّ المُكاتَبَ إذا عتَق ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ عِتْقُه بأداءِ مالِ الكِتابَةِ ، أو بعِتْقِ

---

(١) فى الأصل : « ما » .

المقنع

وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِى وَلَدِهِ مِنْ أَمَتِهِ .

الشرح الكبير

الأجانِبَ ، ونَفَقَتُهم عليه بحكمِ المِلْكِ لا بحُكْمِ القرابَةِ (وكذلك الحُكْمُ فى وَلَدِهِ مِن أمَتِه) قِياسًا عليهم .

فصل : فإن أعْتَقَهُم السيدُ لم يَعْتِقُوا ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُهم ، فلم[1] يَمْلِكِ التَّصرُّفَ فيهم . وإن أعْتَقَهم المُكاتَبُ بغيرِ إذْنِ سيدِه لم يَعْتِقُوا ؛ لتعَلُّقِ حَقِّ سيدِه بهم ، وإن أعْتَقَهم بإذْنِه عَتَقُوا ، كما لو أعْتَقَ غيرَهم مِن عَبيدِه .

الإنصاف

سيِّدِه له ؛ فإنْ كان عِتْقُه بأداءِ مالِ الكِتابةِ ، عتَقُوا معه ، بلا نِزاعٍ ، وإنْ كان عِتْقُه لكَوْنِ سيِّدِه أعْتَقَه ، فظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّهم يعْتِقُونَ معه أيضًا . وهذا اخْتِيارُ المُصَنِّفِ ، وإليه مَيْلُ الشَّارِحِ . وصحَّحه النَّاظِمُ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّهم لا يعْتِقُونَ إذا أعْتَقَ السَّيِّدُ المُكاتَبَ ، بل يَبْقَوْنَ أرِقَّاءَ للسَّيِّدِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » .

فائدة : يجوزُ للمُكاتَبِ شِراءُ مَن يَعْتِقُ على سيِّدِه . ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » ، و « التَّرْغيبِ » ، فإنْ عجَز ، عتَقُوا ، وإنْ عتَق ، كانُوا أرِقَّاءَ له . واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » . قلتُ : فيُعايَى بها .

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : وكذلك الحُكْمُ فى وَلَدِه مِن أَمَتِه . يعْنِى ، أنَّه يعْتِقُ بعِتْقِه ، أنَّه لا يتْبَعُه وَلَدُه إذا كان مِن أمَةِ سيِّدِه . وهو المذهبُ مُطْلَقًا . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال جماعةٌ مِنَ الأصحابِ : يتْبَعُه إذا اشْتَرَط ذلك . منهم النَّاظِمُ .

---

(١) فى الأصل: « فلا » .

المقنع وَوَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ الَّذِى وَلَدَتْهُ فِى الْكِتَابَةِ يَتْبَعُهَا .

الشرح الكبير وإن أعْتَقَه سيدُه عَتَقَ ، وصارُوا رَقِيقًا للسيدِ ، كما لو عَجزَ ؛ لأنَّ كِتابَتَه تَبْطُلُ بعِتْقِه ، كما تَبْطُلُ بموتِه . وعلى ما اخْتارَه شيخُنا يَعْتِقُون ؛ لأنَّه عَتَقَ قبلَ فَسْخِ الكِتابَةِ ، فوَجَبَ أن يَعْتِقُوا ، كما لو عَتَقَ بالإِبْراءِ من مالِ الكِتابَةِ ، أو بأدَائِه ، يُحَقِّقُ هذا أنَّ الكِتابَةَ عَقْدٌ لازِمٌ ، يَسْتَفِيدُ بها المُكاتَبُ مِلْكَ رَقِيقِه وأكْسابَه ، ويَبْقَى حَقُّ السيدِ فى مِلْكِ رَقَبَتِه على وجْهٍ لا يَزُولُ إلَّا بالأداءِ[1] ، أو ما يقُومُ مَقامَه ، فلا يَتَسَلَّطُ السيدُ على إبْطالِها فيما يَرْجِعُ إلى إبْطالِ حَقِّ المُكاتَبِ ، وإنَّما يَتَسَلَّطُ على إبْطالِ حَقِّه من رَقَبَةِ المُكاتَبِ ، فيَنْفُذُ فى مالِه دُونَ مالِ المُكاتَبِ . وقد ذَكَرْنا مثْلَ هذا فيما مَضَى . وإن ماتَ المُكاتَبُ ولم يُخَلِّفْ وَفاءً عادوا رَقِيقًا . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَسْعَوْنَ فى الكِتابَةِ على نُجُومِها ، وكذلك [2]أُمُّ وَلَدِه[2] . وقال أبو حنيفةَ ، فى الوَلدِ خاصَّةً : إن جاء بالكتابةِ حالَّةً قُبِلَتْ منه ، وعَتَقَ . ولَنا ، أنَّه عَبْدٌ للمُكاتَبِ ، فصارَ بموتِه لسيدِه إذا لم يُخَلِّفْ وَفاءً ، كالأجْنَبِيِّ . وإن خَلَّفَ وَفاءً ، انْبَنَى على [٤٢/٦ و] الرِّوايَتَيْن فى فَسْخِ الكِتابَةِ ، على ما تَقَدَّمَ .

٣٠٠٠ – مسألة : (ووَلَدُ المُكاتَبَةِ الذى وَلَدَتْه فى الكِتابَةِ يَتْبَعُها) تَصِحُّ كِتابَةُ الأمَةِ كما تَصِحُّ كتابةُ العبدِ ، بغيرِ خِلافٍ . وقد دَلَّ عليه حَدِيثُ

الإنصاف قوله : ووَلَدُ المكاتَبَةِ الذى ولَدَتْه فى الكِتابَةِ يتْبَعُها . نصَّ عليه . فإنْ عتَقَتْ بأداءٍ أو إبْراءٍ ، عتَق معها ، وإنْ عَتَقَتْ بغيرِهما ، لم يعْتِقْ وَلَدُها . على الصَّحيحِ مِنَ

(١) فى الأصل : « بأدائه » .

(٢ – ٢) فى م : « أم وولده » .

الشرح الكبير

بَريرَةَ[1] ، وحديثُ جُوَيْرِيةَ[2] بنتِ الحارثِ ، ولأنَّها داخِلَةٌ فى عُمُومِ قولِه تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَـٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾[3] . فإذا أتَتِ المُكاتَبَةُ بوَلَدٍ مِن غيرِ سيدِها مِن نِكاحٍ أو غيرِه ، فهو تَابعٌ لها ، فإن عَتَقَتْ بالأداءِ أو بالإبْراءِ عَتَقَ ، وإن فُسِخَتْ كِتابَتُها وعادَتْ إلى الرِّقِّ ، عادَ رَقِيقًا قِنًّا . وهذا قولُ شُرَيْحٍ ، ومالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى حنيفةَ ، وإسحاقَ . وسواءٌ فى هذا ما كان حَمْلًا حالَ الكِتابَةِ ، أو حَدَثَ بعدَها . وقال أبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ : هو عَبْدٌ قِنٌّ ، لا يَتْبَعُ أُمَّه . وللشافعىِّ قوْلان ، كالمَذْهَبَيْن . واحْتَجُّوا بأنَّ الكِتابَةَ غيرُ لازِمَةٍ مِن جِهَةِ العَبْدِ ، فلا تَسْرِى إلى الوَلَدِ ، كالتعليقِ بالصفةِ . ولَنا ، أنَّ الكِتابَةَ سَبَبٌ ثابتٌ للعِتْقِ لا يجوزُ إبْطالُه ، فسَرَى إلى الولدِ ، كالاسْتِيلادِ ، ويُفارِقُ التعليقَ بالصِّفَةِ ، فإنَّ السيدَ يَمْلِكُ إبْطالَه بالبَيْعِ .

الإنصاف

المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، كمَوْتِها فى الكِتابَةِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهو مُقْتَضَى قوْلِ أصحابِنا . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يبْقَى مُكاتَبًا . قال الشَّارِحُ : وهو مُقْتَضَى قوْلِ شيْخِنا . قال فى « الفُروعِ » : والمَنْصوصُ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّه يَعْتِقُ .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ وَلَدَ المُكاتَبَةِ ، الذى وَلَدَتْه قبلَ الكِتابَةِ ، لا يتْبَعُها . وهو صحيحٌ . قطَع به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وظاهِرُ كلامِه ،

---

(1) تقدم تخريجه فى ١١/٢٣٤ ، ٢٣٥ .

(2) فى م : « جويرة » . والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ١٩٤ .

(3) سورة النور ٣٣ .

الشرح الكبير

إذا ثَبَتَ هذا ، فالكلامُ فى الولدِ فى فُصُولٍ أرْبَعَةٍ : فى قِيمَتِه إذا تَلِفَ ، وفى كَسْبِه ، وفى نَفَقَتِه ، وفى عِتْقِه . أما قِيمَتُه إذا تَلِفَ ، فقال أبو بكرٍ : هى[1] لأُمِّهِ ، تَسْتَعِينُ بها على كِتابَتِها ؛ لأنَّ السيدَ لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه مع كونِه عبدًا ، فلا يَسْتَحِقُّ قِيمَتَه ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ جُزْءٍ منها ولو جُنِىَ على جُزْءٍ منها ، كان أَرْشُه لها ، كذلك وَلَدُها ، وإذا لم يَسْتَحِقَّها هو كانت لأُمِّه ؛ لأنَّ الحَقَّ لا يَخْرُجُ عنهما ، ولأنَّ وَلَدَها لو مَلَكَتْه بهِبَةٍ أو شراءٍ فَقُتِلَ[2] ، كانت قِيمَتُه لها ، فكذلك إذا تبِعَها . يُحَقِّقُه أنَّه إذا تَبِعَها صار حُكْمُه حُكْمَها ، فلا يَثْبُتُ مِلْكُ السيدِ فى مَنافِعِه ولا فى أَرْشِ الجِنايَةِ عليه ، كما لا يَثْبُتُ له ذلك فيها . وقال الشافعىُّ ، فى أحَدِ قولَيْه : تكونُ القِيمَةُ لسيدِها ؛ لأنَّها لو قُتِلَتْ كانت قِيمَتُها لسيدِها ، فكذلك وَلَدُها . والفَرْقُ بينَهما أنَّ الكِتَابَةَ تَبْطُلُ بقَتْلِها ، فيَصِيرُ[3] مالُها لسيدِها ، بخِلافِ وَلَدِها ، فإنَّ العَقْدَ باقٍ بعدَ قَتْلِه ، فنَظِيرُ هذا إتْلافُ بعضِ أعْضائِها .

الإنصاف

أنَّها لو كانتْ حامِلًا به حالَ الكِتابةِ ، تَبِعَها . وهو صحيحٌ . قطعَ به الزَّرْكَشِىُّ وغيرُه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو أعْتَقَ السَّيِّدُ الوَلَدَ دُونَها ، صحَّ عِتْقُه . نصَّ عليه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه . وقيل : لا يعْتِقُ .

---

(١) فى الأصل : « هو » .

(٢) فى الأصل : « فقبل » .

(٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

والحُكْمُ فى إتْلافِ بَعْضِ أعْضائِه ، كالحُكْمِ فى إتْلافِه .

وأمَّا كَسْبُه وأَرْشُ الجنايَةِ عليه ، فيَنْبَغِى أن يكونَ لأُمِّه أيضًا ؛ لأنَّ وَلَدَها جُزْءٌ منها تابعٌ لها ، فأشْبَهَ بَقِيَّةَ أجْزائِها ، ولأنَّ أداءَها لكِتابتِها سَبَبٌ لعِتْقِه وحُصُولِ الحُرِّيَّةِ له ، فيَنْبَغِى أن يُصْرَفَ ذلك فيه ؛ (1)لأنَّ صرفَه فيه(1) بمَنْزِلَةِ صَرْفِه إليه ، إذ فى عَجْزِها رِقُّه وفَواتُ كَسْبِه عليه .

وأمَّا نَفَقَتُه ، فعلى أمِّه ؛ لأنَّها تابِعَةٌ لكَسْبِه ، وكَسْبُه لها ، ونَفَقَتُه عليها .

وأمَّا عِتْقُه ، فإنَّه يَعْتِقُ بأدائِها أو إبْرائِها ، ويَرِقُّ بعَجْزِها ؛ لأنَّه تابعٌ لها .

وإن ماتَتِ المُكاتَبَةُ فى كِتابَتِها بَطَلَتِ كِتابَتُها ، وعاد رَقِيقًا قِنًّا ، إلَّا أن تُخلِّفَ وَفاءً ، فيكونَ على الرِّوايَتَيْن . وإن أعْتَقَها سَيدُها لم يَعْتِقْ وَلَدُها ؛ لأنَّه إنَّما [٦/٤٢ ظ] تَبِعَها فى حُكْمِ الكِتابَةِ ، وهو العِتْقُ(2) بالأداءِ ، وما حَصَلَ الأداءُ ، إنَّما حَصَل عِتْقُها بأمرٍ(3) لا يَتْبَعُها فيه ، فأشْبَهَ ما لو لم(4)

الإنصاف

قال القاضى : قد كان يجبُ أنْ لا ينْفُذَ عِتْقُه ؛ لأنَّ فيه ضرَرًا بأُمِّه ؛ لتَفْويتِ كَسْبِه عليها ، فإنَّها كانتْ تسْتَعِينُ به فى كِتابَتِها ، ولعَلَّ الإمامَ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، نَفَّذَ عِتْقَه تَغْليبًا للعِتْقِ . ورَدَّه المُصَنِّفُ مِن ثلاثَةِ أوْجُهٍ . وتقدَّم فى كتابِ العِتْقِ صِحَّةُ عِتْقِ الجَنِينِ . الثَّانيةُ ، وَلَدُ بِنْتِ المُكاتَبَةِ كالمُكاتَبَةِ ، ووَلَدُ ابْنِها ووَلَدُ المُعْتَقِ بعضُها كالأَمَةِ .

(1 - 1) سقط من : م .

(2) فى الأصل : « التعلق » .

(3) فى الأصل : « بالأمر » .

(4) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

تكُنْ مُكاتَبَةً . ومُقْتَضَى قولِ أصحابِنا الذين قالوا : تَبْطُلُ كِتابَتُها بعِتْقِها . أنْ يَعُودَ وَلَدُها رَقِيقًا . ومُقْتَضَى قولِ شيخِنا ، أنَّه[1] يَبْقَى على حُكْمِ الكِتابَةِ ، ويَعْتِقُ بالأداءِ ؛ لأنَّ العَقْدَ لم يوجَدْ ما يُبْطِلُه ، وإنَّما سَقَط الأداءُ عنها ؛ لحُصُولِ الحُرِّيَّةِ بدُونِه ، فإذا لم يكنْ لها وَلَدٌ يَتْبَعُها فى الكِتابَةِ ، ولا فى يَدِها مالٌ يأخُذُه ، لم يَظْهَرْ حُكْمُ بَقاءِ العَقْدِ ، ولم يكُنْ فى بقائِه فائِدَةٌ[1] ، فانْتَفَى [2]لانْتِفاءِ فائِدَتِه ، وفى مسألتِنا[2] ، فى بقائِه فائِدَةٌ ؛ لإفْضائِه إلى عِتْقِ وَلَدِها ، فيَنْبَغِى أنْ يَبْقَى . ويَحْتَمِلُ أن يَعْتِقَ بإعْتاقِها ؛ لأنَّه جَرَى مَجْرَى إبْرائِها مِن المالِ ، والحُكْمُ فيما إذا عَتَقَتْ باسْتِيلادٍ أو تَدْبِيرٍ أو تَعْلِيقٍ بصِفَةٍ[3] كالحُكْمِ فيما إذا أعْتَقَها ؛ لأنَّها عَتَقَتْ بغيرِ الكِتابَةِ . وإن أعْتَقَ السيدُ الوَلَدَ دُونَها صَحَّ عِتْقُه . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى روايةِ مُهَنَّا ؛ لأنَّه مَمْلوكٌ له[1] ، فصَحَّ عِتْقُه ، كأُمِّه[4] ، ولأنَّه لو أعْتَقَه مَعَها صَحَّ عِتْقُه ، ومَن صَحَّ عِتْقُه مع غيرِه صَحَّ مُفْرَدًا ، كسائِرِ مَمالِيكِه . قال القاضى : وقد كان يَجِبُ أنْ لا يَنْفُذَ عِتْقُه ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا بأُمِّه ؛ لتَفْوِيتِ كَسْبِه عَلَيْها ، فإنَّها كانت تَسْتَعِينُ به فى كِتابَتِها ، ولعلَّ أحمدَ نَفَّذَ عِتْقَه تَغْلِيبًا للعِتْقِ . والصَّحِيحُ أنَّه يَعْتِقُ ، وما ذَكَرَه القاضى مِن الضَّرَرِ لا يَصِحُّ ؛ لِوُجُوهٍ : أحدُها ، أنَّ الضَّرَرَ إنَّما يَحْصُلُ فى حَقِّ مَن له كَسْبٌ

الإنصاف ....

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى الأصل : « نصفه » .

(٤) فى الأصل : « كالأمة » .

الشرح الكبير

يَفْضُلُ عن نَفَقَتِه ، فأمَّا مَن لا كَسْبَ له ، فتَخْلِيصُها مِن نفقَتِه نَفْعٌ مَحْضٌ ، ومَن له كَسْبٌ لا يَفْضُلُ عن نَفَقَتِه ، فلا ضَرَرَ فى إعْتاقِه ؛ لأنَّه لا يَفْضُلُ لها مِن كَسْبِه شَىءٌ تَنْتَفِعُ به ، فكان يَنْبَغِى أنْ يُقَيِّدَ الحُكْمَ الذى ذَكَرَه بهذا القَيْدِ . الثانى ، أنَّ النَّفْعَ بكَسْبِه ليس بواجِبٍ لها ؛ لأنَّها لا تَمْلِكُ إجْبارَه على الكَسْبِ ، فلم يكنِ الضَّرَرُ بفواتِه مُعْتَبَرًا فى حَقِّها . الثالثُ ، أنَّ مُطْلَقَ الضَّرَرِ لا يَكْفِى فى مَنْعِ العِتْقِ الذى تحَقَّق مُقْتَضِيه ، ما لم يكُنْ له أصْلٌ يَشْهَدُ له بالاعْتِبارِ ، ولم يَذْكُرْ له أصْلًا ، ثم هو مُلْغًى بعِتْقِ المُفْلِسِ والرَّاهِنِ وسِرايَةِ العِتْقِ إلى مِلْكِ الشَّرِيكِ ، فإنَّه يَعْتِقُ مع وُجودِ الضَّرَرِ بتَفْوِيتِ الحَقِّ اللَّازِمِ ، فهذا أوْلَى .

فصل : فأمَّا وَلَدُ وَلَدِها ، فإنَّ ولَدَ ابنِها حُكْمُه حُكْمُ أُمِّه ؛ لأنَّ وَلَدَ المُكاتَبِ لا يَتْبَعُه ، وأمَّا وَلَدُ بِنْتِها فهو كبِنْتِها . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا تَسْرِى الكِتابَةُ إليه ؛ لأنَّ السِّرايَةَ إنَّما تكونُ مع الاتِّصالِ ، وهذا وَلَدٌ مُنْفَصِلٌ ، فلا يَسْرِى إليه ، بدَليلِ أنَّ ولدَ[1] أُمِّ الوَلدِ قبلَ أن يَسْتَوْلِدَها لا يَسْرِى إليه الاسْتِيلادُ ، وهذا الوَلَدُ اتَّصَلَ بأُمِّه دُونَ جَدَّتِه . ولَنا ، أنَّ ابْنَتَها ثَبَتَ[2] لها حُكْمُها تَبَعًا ، فيَجِبُ أن يَثْبُتَ لابْنَتِها حُكْمُها تَبَعًا ، كما ثَبَتَ لها حكمُ أمِّها . ولأنَّ البِنْتَ تَبِعَتْ أمَّها ، فيَجِبُ أنْ يَتْبَعَها وَلَدُها ؛ لأنَّ عِلَّةَ إتْباعِها لأُمِّها مَوْجُودَةٌ فى وَلَدِها ، ولأنَّ [٤٣/٦ و] البِنْتَ تَعَلَّقَ بها حَقُّ العِتْقِ ، فيجبُ أن يَسْرِىَ إلى وَلَدِها ، كالمُكاتَبَةِ . وهذا

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « بنت » .

المقنع وَإنِ اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ زَوْجَتَهُ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا . وَإنِ اسْتَوْلَدَ أَمَتَهُ ، فَهَلْ تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ يَمْتَنِعُ عَلَيْهِ بَيْعُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير الخِلافُ فى وَلَدِ البِنْتِ التَّابعَةِ لأُمِّها فى الكِتابَةِ ، فأمَّا المَوْلُودَةُ قبلَ الكِتابَةِ ، فلا تَدْخُلُ فى الكِتابَةِ فابنُها[1] أَوْلَى .

٣٠٠١ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَى زَوْجَته) صَحَّ ، و (انْفَسَخَ نِكاحُها) يجوزُ للمُكاتَبِ شِراءُ امرأتِه ، وللمُكاتَبَةِ شِراءُ زَوْجِها ؛ لأنَّ ذلك يجوزُ لغيرِ المُكاتَبِ ، [2]فجاز للمُكاتَبِ[2] ، كشِراءِ الأجانِبِ ، ويَنْفَسِخُ النِّكاحُ بذلك . [3]وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ[3] : لا يَنْفَسِخُ ؛ لأنَّ المُكاتَبَ لا يَمْلِكُ ، بدليلِ أنَّه لا يجوزُ له التَّسرِّى[4] ، ولا يَعْتِقُ والِدُه وولدُه إذا اشْتَراهُ ، فأشْبَهَ العبدَ القِنَّ . ولَنا ، أنَّ المُكاتَبَ يَمْلِكُ ما اشْتَراهُ ، [2]بدليلِ أنَّه تَثْبُتُ له الشُّفْعَةُ على سيدِه ، ولسيدِه عليه ، ويَجْرِى الرِّبا بينه وبينَه ، وإنَّما مُنِعَ التَّسرِّىَ[2] ؛ لتَعَلُّقِ حَقِّ سيدِه بما فى يَدِه ، كما يُمْنَعُ الرَّاهِنُ مِن الوَطْءِ مع ثُبوتِ مِلْكِه ، ولذلك لم يَعْتِقْ عليه ذَوُو رَحِمِه . وإذا اشْتَرَى أحدُهما الآخَرَ فله التَّصرُّفُ فيه ؛ لأنَّه أجْنَبِىٌّ منه .

٣٠٠٢ – مسألة : (وإنِ اسْتَوْلَدَ أمَتَه ، فهل تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ يَمْتَنِعُ عليه

الإنصاف قوله : وإنِ اسْتَوْلَدَ أَمَتَه ، فهل تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ يمْتَنِعُ عليه بَيْعُها ؟ على وَجْهَيْن .

---

(١) فى م : « فابنتها » .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

(٣ – ٣) فى م : « وقال الشافعى » .

(٤) فى م : « الشراء » .

المقنع

فَصْلٌ : وَلَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ شَيْئًا مِنْ كَسْبِهِ ، وَلَا يَبِيعُهُ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ .

الشرح الكبير

بَيْعُها ؟ على وَجْهَيْن) إذا اسْتَوْلَدَ المُكاتَبُ أمَتَه قبلَ عِتْقِه وعَجْزِه ، فإنَّها تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ للمُكاتَبِ ، وليس له بَيْعُها . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ وَلَدَها له حُرْمَةُ الحُرِّيةِ ، ولا يجوزُ بَيْعُه ، ويَعْتِقُ بعِتْقِ أبيه ، وكذلك أُمُّه . فعلى هذا ، لا يجوزُ بَيْعُها ، وتكونُ مَوْقُوفَةً مع المُكاتَبِ ، إن أُعْتِقَ فهى أُمُّ ولَدِه ، وإن رَقَّ رَقَّتْ . وقال القاضى فى مَوْضِعٍ : لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ بحالٍ ، وله بَيْعُها ؛ لأنها حَمَلَتْ بِمَمْلُوكٍ فى مِلْكٍ غيرِ تامٍّ . وللشافعيِّ قوْلان ، كهذين الوَجْهَيْن .

فصل : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (ولا يَمْلِكُ السيدُ شيئًا مِن كَسْبِه ، ولا يَبِيعُه دِرْهَمًا بدِرْهَمَيْن) ولا يَمْلِكُ السيدُ[1] شيئًا مِن كَسْبِ

الإنصاف

وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، تصِيرُ أمَّ وَلَدٍ . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه . قال المُصَنِّفُ : هذا المذهبُ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، [٣/١٥٠ظ] وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانِى ، لا تصِيرُ أمَّ وَلَدٍ . وقالَه القاضى فى مَوْضِعٍ مِن كلامِه . وهو احْتِمالٌ فى « الهِدايَةِ » .

قوله : ولا يبِيعُه دِرْهَمًا بدِرْهَمَيْن . يعْنِى ، أنَّه يَجْرِى الرِّبا بينَهما . وهذا

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

المُكاتَبِ ؛ لأنَّه اشْتَرَى نَفْسَه مِن سيدِه ليَمْلِكَ مالَه وكَسْبَه ومَنافِعَه ، فلا يَبْقَى[1] ذلك لبائِعِه ، كسائِرِ المَبيعاتِ . ويَجْرِى الرِّبا بينَه وبينَ سيدِه ؛ لأنَّه معه فى بابِ المُعاوَضَةِ كالأجْنَبِيِّ . وقال ابنُ أبى موسى : لا رِبا بينَهما ؛ لأنه عَبدٌ فى الأظْهَرِ مِن قولِه ، ولا رِبا بينَ العبدِ وسيدِه ، ولهذا جاز أن يُعَجِّلَ لسيدِه ، ويَضَعَ عنه بعضَ كِتابَتِه ، وله وَطْءُ مُكاتَبَتِه إذا شَرَط ، ولو حَمَلَتْ منه صَارَتْ له بذلك أُمَّ وَلَدٍ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّ السيدَ مع مُكاتَبِه فى بابِ المُعامَلَةِ كالأجْنَبِيِّ ؛ بدليلِ أنَّ لكلِّ واحِدٍ منهما الشُّفْعَةَ على صاحِبِه ، ولا يَمْلِكُ كلُّ واحدٍ منهما التَّصَرُّفَ فيما بَيدِ صاحِبِه ، وإنَّما يَتَعَلَّقُ لسيدِه حَقٌّ فيما بيَدِه ؛ لكونِه بعَرَضِيَّةِ[2] أن يَعْجِزَ[3] فيعودَ إليه . وهذا لا يَمْنَعُ جَرَيانَ الرِّبا بينَهما ، كالأبِ مع ابنِه . فعلى هذا القولِ ، لا يجوزُ التَّفاضُلُ بينَهما فيما يَحْرُمُ التَّفاضُلُ فيه بينَ الأجْنَبِيَّيْن ، ولا النَّساءُ فيما يَحْرُمُ فيه النَّساءُ بينَ الأجانِبِ .

الإنصاف

المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقال ابنُ أبى مُوسى : لا رِبَا بينَهما ؛ لأنَّه عَبْدٌ فى الأظْهَرِ مِن قوْلِه : لا رِبَا بينَ العَبْدِ وسيِّدِه . واخْتارَه أبو بَكْرٍ . قالَه الزَّرْكَشِيُّ وغيرُه . وهو روايَةٌ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ . فعلى المذهبِ ، لو زادَ الأجَلَ والدَّيْنَ ، جازَ ذلك ، على احْتِمالٍ ذكَرَه المُصَنِّفُ ، وغيرُه . والمذهبُ ، عدمُ الجَوازِ . وعليه الأصحابُ . وتقدَّم ذلك فى آخِرِ بابِ الرِّبَا .

---

(١) فى الأصل : « ينفى » .
(٢) فى الأصل : « تعرضه » .
(٣) فى م : « يعجزه » .

الشرح الكبير

فصل : فإن كان لكُلِّ واحدٍ منهما على صاحِبِه دَيْنٌ ، مثلَ أن كان للسيدِ على مُكاتَبِه دَيْنٌ مِن الكِتابَةِ أو غيرِها ، وللمُكاتَبِ على سيدِه دَيْنٌ ، وكانا نَقْدًا مِن جِنْسٍ [٤٣/٦ ظ] واحدٍ ، حالَّيْن ، أو مُؤَجَّلَيْن أجَلًا واحدًا ، تَقَاصًّا وتَساقَطا ؛ لأنَّهما إذا تَساقَطَا بينَ الأجانِبِ ، فمعَ[1] السيدِ ومُكاتَبِه أوْلَى . وإن كانا نَقْدًا مِن جِنْسَيْن ، كدَراهِمَ ودَنانِيرَ ، فقال ابنُ أبى موسى : لو كان له على سيدِه ألفُ دِرْهَمٍ ، ولسيدِه عليه مائةُ دِينارٍ ، فجعلها قِصَاصًا بها ، جاز ، بخِلافِ الحُرَّيْن . وقال القاضى : لا يجوزُ هذا ؛ لأنَّه بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، وقد نَهَى النبىُّ ﷺ عن بَيْعِ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ[2] . ولأنَّه لا يجوزُ بينَ الأجْنَبِيَّيْن ، فلم يَجُزْ بينَ المُكاتَبِ وسيدِه ، كسائِرِ المُحَرَّمات . وفارَقَ العبدَ القِنَّ ، فإنَّه باقٍ فى تَصَرُّفِ سيدِه ، وما فى يَدِه مِلْكٌ خالِصٌ لسيدِه ، له[3] أخْذُه والتَّصَرُّفُ فيه . فعلى هذا لا يجوزُ وإن تَرَاضَيَا به . وعلى قولِ ابنِ أبى موسى ، يجوزُ إذا تَراضَيَا بذلك وتَبايَعاه ، ولا يَثْبُتُ التَّقاصُّ قبلَ تَراضِيهما به ؛ لأنَّه بَيْعٌ[4] . فإن كانا عَرْضَيْن أو [5]عَرْضًا ونَقْدًا[5] ، لم تَجُزِ المُقاصَّةُ فيهما بغيرِ تَراضِيهما بحالٍ ، سواءٌ كان العَرْضُ

الإنصاف

تنبيه : يُسْتَثْنَى مِن ذلك مالُ الكِتابةِ ، فإنَّه لا يجْرِى الرِّبا فى ذلك . قالَه

---

(١) فى الأصل : « فمنع » .

(٢) أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٧١/٣ ، ٧٢ . وعبد الرزاق ، فى : باب أجل بأجل . المصنف ٩٠/٨ . وانظر : تلخيص الحبير ٢٦/٣ ، ٢٧ .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى الأصل : « بيعى » .

(٥ - ٥) فى الأصل : « عقد ونقد » .

المقنع وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ ، فَعَلَيْهِ أَرْشُ جِنَايَتِهِ .

الشرح الكبير مِن جِنْسِ حَقِّه أو مِن غيرِ جِنْسِه . وإن تَرَاضَيا بذلك لم يَجُزْ أيضًا ؛ لأنَّه بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، وإن قَبَضَ أحَدُهما مِن الآخَرِ حَقَّه ، ثم دَفَعَه إلى الآخَرِ عِوَضًا عن ما لَه فى ذِمَّتِه ، جاز ، إذا لم يكُنِ الثَّابِتُ فى الذِّمَّةِ عن سَلَمٍ . فإن كان ثَبَتَ عن سَلَمٍ ، لم يَجُزْ أخْذُ عِوَضِه قبلَ قَبْضِه . وفى الجُمْلَةِ ، إنَّ حُكْمَ المُكاتَبِ مع سيدِه فى هذا حُكْمُ الأجانِبِ ، إلَّا على قولِ ابنِ أبى موسى الذى ذَكَرْناه .

٣٠٠٣ – مسألة : (وإن جَنَى عليه ، فعليه أَرْشُ جنايَتِه) إذا جَنَى السيدُ على مُكاتَبِه ، فلا قِصاصَ عليه ؛ لأمْرَيْن : أحدُهما ، أنَّه حُرٌّ والمُكاتَبُ عَبْدٌ . والثانى ، أنَّه مِلْكُه ، ولا يُقْتَصُّ مِن المالِكِ لمَمْلُوكِه ، ولكَنْ يَجبُ الأَرْشُ ، ولا يَجِبُ إلَّا باندِمالِ الجُرْحِ ؛ لأنَّه قبلَ الانْدِمالِ لا يُؤْمَنُ سِرايَتُه إلى نَفْسِه ، فيَسْقُطُ أَرْشُه ، ومتى سَرَى الجُرْحُ إلى نَفْسِه انْفَسخَتِ الكِتابَةُ ، وكان كقَتْلِه . فإذا انْدَمَلَ الجُرْحُ وَجَبَ له أَرْشُه حِينَئِذٍ . فإن كان مِن جِنْسِ مالِ الكِتابَةِ ، وقد حَلَّ عليه نَجْمٌ ، تَقاصَّا . وإن كان مِن غيرِ جِنْسِ مالِ الكِتابَةِ ، أو كان النَّجْمُ لم يَحِلَّ ، لم يَتَقاصَّا . ولكُلِّ واحدٍ منهما مُطالَبَةُ صاحِبِه بما يَسْتَحِقُّه . فإن رَضِىَ المُكاتَبُ

الإنصاف الأصحابُ ؛ لتَجْويزِهم تعْجِيلَ الكِتابَةِ بشَرْطِ أنْ يضَعَ عنه بعضَها . وتَقدَّم قطْعُ المُصَنِّفِ بذلك .

المقنع

وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، فَعَلَيْهِ أَرْفَقُ الْأَمْرَيْنِ بِهِ ، مِنْ إِنْظَارِهِ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ ، أَوْ أُجْرَةِ مِثْلِهِ .

الشرح الكبير

بتَعْجِيلِ الواجِبِ له عَمَّا[1] لم يَحِلَّ مِن نُجُومِه ، جاز إذا كان مِن جِنْسِ مالِ الكِتابَةِ .

٣٠٠٤ – مسألة : (وإن حَبَسَه مُدَّةً ، فعليه أرْفَقُ الأمْرَيْنِ به ، مِن إنْظارِه مثلَ تِلك المُدَّةِ ، أو أُجْرَةِ مِثْلِه) إذا حَبَسَه سيدُه فقد أساء ، ولا يَحْتَسِبُ عليه بمُدَّتِه ، فى أحَدِ الوُجُوهِ . والثانى ، يَحْتَسِبُ عليه بمُدَّتِه ؛ لأنَّ مالَ الكِتابَةِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فَيَحْتَسِبُ بمُدَّةِ الحَبْسِ مِن الأجَلِ ، كسائِرِ الدُّيُونِ المُؤَجَّلَةِ . فعلى هذا الوَجْهِ ، يَلْزَمُه أجْرُ مِثْلِه فى المدَّةِ التى حَبَسَه فيها . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ على سَيِّدِه تَمْكِينَه مِن التَّصَرُّفِ مُدَّةَ كِتابَتِه ،

الإنصاف

قوله : وإنْ حبَسَه مُدَّةً ، فعليه أَرْفَقُ الأَمْرَين به ، مِن إنْظارِه مثلَ تلك المُدَّةِ ، أَوْ أُجْرَةِ مثلِه . هذا أحدُ الوُجوهِ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و« المُسْتَوْعِبِ » ، و« الخُلاصَةِ » ، و« الوَجيزِ » ، و « نِهايَةِ ابنِ رَزِينٍ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقيل : تلْزَمُه أُجْرَةُ المُدَّةِ . جزَم به الأَدَمِىُّ فى « مُنْتَخَبِه » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » . وقيل : يلْزَمُه إنْظارُه مثلَ المُدَّةِ ، ولا تُحْسَبُ عليه مُدَّةُ حَبْسِه . صحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وأطْلَقَهُنَّ فى « الكافِى » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » .

---

(١) فى الأصل : « ما » .

المقنع وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَطَأَ مُكَاتَبَتَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ ،...................

الشرح الكبير فإذا حَبَسَه مُدَّةً وَجَبَ عليه تأْخِيرُه[1] مثلَ تلك المُدَّةِ ؛ لِيَسْتَوْفِيَ الواجِبَ له ، ولأنَّ حَبْسَه يُفْضِي[2] إلى [٦/٤٤ و] إبْطالِ الكِتابَةِ وتَفْوِيتِ مَقْصُودِها وردِّهِ إلى الرِّقِّ ، ولأنَّ[3] عَجْزَه عن أداءِ نُجُومِه فى مَحِلِّها ، بسَبَبٍ مِن سيدِه ، فلم يَسْتَحِقَّ به[4] فَسْخَ العَقْدِ ، كما لو مَنَعَ البائعُ المُشْتَرِىَ مِن أداءِ الثَّمنِ لم يَسْتَحِقَّ فَسْخَ البَيْعِ لذلك ، ولو مَنَعَتِ المرأةُ زَوْجَها مِن الإِنْفاقِ عليها ، لم تَسْتَحِقَّ فَسْخَ العَقْدِ لذلك . والثالثُ ، أن يَلْزَمَ سَيِّدَه أرْفَقُ الأمْرَيْن به ، مِن إنْظارِه مثلَ تلك المُدَّةِ ، أو أُجْرَةِ مِثْلِه فيها ؛ لأنَّه وُجِدَ سَبَبُهما ، فكان للمُكاتَبِ أنْفَعُهما .

٣٠٠٥ – مسألة : (وليس له أن يَطَأَ مُكاتَبَتَه إلَّا أن يَشْتَرِطَ) وَطْءُ المُكاتَبَةِ مِن غيرِ شَرْطٍ حَرامٌ ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، والزُّهْرِىُّ ، ومالكٌ ، واللَّيْثُ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وقيل : له وَطْؤُها فى الوَقْتِ الذى لا يَشْغَلُها الوَطْءُ عن السَّعْىِ عمَّا هى فيه ؛ لأنَّها مِلْكُ يَمينِه ، فتَدْخُلُ فى عُمُومِ قولِه

الإنصاف قوله : وليس له وَطْءُ مُكاتَبَتِه إلَّا أَنْ يشْتَرِطَ . إذا أرادَ وَطْأَها ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يشْتَرِطَه أوْ لا ، فإنْ لم يشْتَرِطْه ، لم يجُزْ وَطْؤُها ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ،

(١) فى الأصل : « بأجره » .
(٢) فى م : « يقضى » .
(٣) فى الأصل : « ليس » .
(٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ ﴾[1] . ولَنا ، أنَّ الكِتابَةَ عَقْدٌ[2] أزال مِلْكَ اسْتِخْدامِها ، ومِلْكَ عِوَضِ مَنْفَعةِ بُضْعِها فيما إذا وُطِئَتْ بشُبْهَةٍ ، فأزال حِلَّ وَطْئِها ، كالبَيْعِ ، والآيَةُ مَخْصُوصةٌ بالمُزَوَّجَةِ ، فنَقِيسُ عليها مَحَلَّ النِّزاعِ ، ولأنَّ المِلْكَ ههُنا ضَعِيفٌ ؛ لأنَّه قد زال عن مَنافِعِها جُمْلَةً ؛ ولهذا لو وُطِئَتْ بشُبْهَةٍ كان المَهْرُ لها ، وتُفارِقُ أُمَّ الوَلَدِ ، فإنَّ مِلْكَه باقٍ عليها ؛ وإنَّما يَزُولُ بموتِه ، فأشْبَهَتِ المُدَبَّرَةَ والمُوصَى بها ، وإنَّما امْتَنَعَ البَيْعُ ؛ لأنَّها اسْتَحَقَّتِ العِتْقَ بموتِه ، اسْتِحْقاقًا لازِمًا لا يُمْكِنُ زَوالُه .

فصل : فإن شَرَطَ وَطْأَها فله ذلك . وبه قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ . وقال سائِرُ مَن ذَكَرْنا : ليس له وَطْؤُها ؛ لأنَّه لا يمْلِكُه مَع إطْلاقِ العَقْدِ ، فلم

الإنصاف

وعليه الأصحابُ ، وقطَع به أكثرُهم . وقال المُصَنِّفُ ، وتَبِعَه الشَّارِحُ : وقيل : له وَطْؤُها وإنْ لم يشْتَرِطْ ، فى الوَقْتِ الذى لا يشْغَلُها الوَطْءُ عن السَّعْىِ عمَّا هى فيه . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهذا القَوْلُ يحْتَمِلُ أنَّه فى المذهبِ ، ويحْتَمِلُ أنَّه لبعضِ العُلَماءِ . وإنْ شرَط وَطْأَها فى العَقْدِ ، جازَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ المَجْزومُ به عندَ عامَّةِ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و «الوَجيزِ» ، وغيرِهم . وقدَّمه فى «المُحَرَّرِ» ، و «الرِّعايتَيْن» ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه النَّاظِمُ وغيرُه . قال فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والثَّلاثِين » : هذا المذهبُ المَنْصوصُ ،

---

(١) سورة المؤمنون ٦ ، سورة المعارج ٣٠ .

(٢) سقط من : الأصل .

المقنع فَإِنْ وَطِئَهَا وَلَمْ يَشْتَرِطْ ، [١٩٧و] أَوْ وَطِئَ أَمَتَهَا ، فَلَهَا عَلَيْهِ

الشرح الكبير يَمْلِكُه بالشَّرْطِ ، كما لو زَوَّجها أو أعْتَقَها . وقال الشافعىُّ : إذا شَرَطَ ذلك فى عَقْدِ الكِتابَةِ فَسَدَ ؛ لأنه شَرْطٌ فاسِدٌ ، فأفْسَدَ العَقْدَ ، كما لو شَرَط عِوَضًا فاسِدًا . وقال مالكٌ : لا يَفْسُدُ العَقْدُ به ؛ لأنه لا يُخِلُّ برُكْنِ العَقْدِ ولا شَرْطِه ، فلم يَفْسُدْ ، كالصَّحِيحِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ »(١) . ولأنَّها مَمْلُوكَةٌ ، له شَرْطُ نَفْعِها ، فصَحَّ ، كشَرْطِ اسْتِخْدَامِها . يُحَقِّقُ هذا أنَّ مَنْعَه مِن وَطْئِها مع بَقاءِ مِلْكِه عليها ووُجُودِ المُقْتَضِى لِحلِّ وَطْئِها ، إنَّما كان لحَقِّها ، فإذا اشْتَرَطَه عليها جاز ، كالخِدْمَةِ ، ولأنه اسْتَثْنَى بعْضَ ما كان له ، فصَحَّ ، كاشْتِراطِ الخِدْمَةِ ، وفارَقَ البَيْعَ ، فإنَّه يُزِيلُ مِلْكَه عنها .

٣٠٠٦ – مسألة : (وإن وَطِئَها ولم يَشْتَرِطْ ، أو وَطِئَ أمَتَها ،

الإنصاف كالرَّاهِنِ يطَأُ بشَرْطٍ . ذكَرَه فى « عُيونِ المَسائلِ » ، و « المُنْتَخَبِ » . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، لا يجوزُ . ذكَرَها أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ فى « المُفْرَداتِ » ، وقال : هذا اخْتِيارِى .

قوله : وإنْ وَطِئَها ولم يشْتَرِطْ ، أو وَطِئَ أمَتَها ، فلها عليه المَهْرُ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لا يلْزَمُه إنْ

(١) تقدم تخريجه فى ١٤٩/١٠ . وانظر صفحة ٢٠ .

المقنع

الْمَهْرُ ، وَيُؤَدَّبُ ، وَلَا يَبْلُغُ بِهِ الْحَدَّ . وَإِنْ شَرَطَ وَطْئَهَا فَلَا مَهْرَ لَهَا عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

أُدِّبَ ، و لم يَبْلُغْ به الحَدَّ) إذا وَطِئَها مِن غيرِ شَرْطٍ لم يَجِبْ عليه الحَدُّ ؛ لشُبْهَةِ المِلْكِ ، فى قولِ عامةِ الفقهاءِ . ورُوِىَ عن الحسنِ ، والزُّهْرِىِّ ، أنَّهما قالا : عليه الحَدُّ ؛ لأنَّه عَقَدَ عليها عَقْدَ مُعاوَضَةٍ يُحَرِّمُ الوَطْءَ ، فأوْجَبَ الحَدَّ بوطْئِها ، كالبَيْعِ . ولَنا ، أنَّها مَمْلوكَتُه ، فلم يَجِبْ عليه الحَدُّ بوَطْئِها ، كالمَرْهُونَةِ والمُسْتأْجَرَةِ ، ويُخالِفُ البَيْعَ ، [٤٤/٦ ظ] فإنَّه يُزِيلُ المِلْكَ ، والكِتابَةُ لا تُزِيلُه ، بدليلِ قولِه عليه السلامُ : « المُكاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِىَ عليه دِرْهَمٌ »(١) . وعليه مَهْرُها إذا وَطِئَها بغيرِ شَرْطٍ ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى مَنْفَعَتَها المَمْنوعَ مِن اسْتِيفائِها ، فأشْبَهَ مَنافِعَ بَدَنِها ، فإن كانا

الإنصاف

طاوَعَتْه . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » .

فائدة : إذا تكَرَّرَ وَطْؤُه ؛ فإنْ كان قد أدَّى مَهْرَ الوَطْءِ الأَوَّلِ ، لَزِمَه للثَّانِى مَهْرٌ أيضًا ، وإنْ لم يكُنْ أدَّى عنه ، لم يلْزَمْه إلَّا مَهْرٌ واحدٌ . ذكَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وسيَأْتِى ذلك مُسْتَوْفًى فى آخِرِ كتابِ الصَّداقِ .

تنبيه : مُرادُه بقوْلِه : ويُؤَدَّبُ ولا يَبْلُغُ به الحَدَّ . إذا كان عالِمًا بالتَّحْريمِ . فأمَّا إنْ كان غيرَ عالمٍ بالتَّحْريمِ ، فإنَّه لا يُعَزَّرُ .

---

(١) تقدم تخريجه فى ٦/٣٠٠ .

الشرح الكبير

عالِمَيْن عُزِّرا ، وإن كانا جاهِلَيْن عُذِرَا[1] ، وإن كان أحَدُهما عالمًا والآخَرُ جاهِلًا ، عُزِّرَ العالِمُ وعُذِرَ[2] الجاهِلُ . ولا تَخْرُجُ بالوَطْءِ عن الكِتابَةِ . وقال اللَّيْثُ : إن طاوَعَتْه فقد فَسَخَتْ كِتابَتَها وعادَتْ قِنًّا . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ لازِمٌ ، فلم يَنْفَسِخْ بالمُطاوَعةِ على الوَطْءِ ، كالإِجارَةِ والبَيْعِ بعدَ لُزومِه . ويَجِبُ لها المَهْرُ ، مُطَاوِعَةً له[3] كانت أو مُكْرَهَةً . وبه قال الحسنُ ، والثَّوْرِىُّ ، والحسنُ بنُ صالِحٍ ، والشافعىُّ . وقال قَتادَةُ : يَجِبُ إذا أكْرَهَها ، ولا يَجِبُ إذا طَاوَعَتْه . ونَقَلَه المُزَنِىُّ عن الشافعىِّ ؛ لأنَّ المُطاوِعَةَ بَذَلَتْ نَفْسَها بغيرِ عِوَضٍ ، فصارَتْ كالزَّانِيَةِ . ومَنْصُوصُ الشافعىِّ ، وُجُوبُه فى الحالَيْن . وأنْكَرَ أصحابُه ما نقله المُزَنِىُّ ، وقالوا : لا يُعْرَفُ . وقال مالكٌ : لا شىءَ عليه ؛ لأنَّها مِلْكُه . ولَنا ، أنَّه عِوَضُ مَنْفَعَتِها ، فوَجَبَ لها ، كعِوَضِ بَدَنِها ، ولأنَّ المُكاتَبَةَ فى يَدِ نَفْسِها ، ومَنافِعُها لها ؛ ولهذا لو وَطِئَها أجْنَبِىٌّ كان المَهْرُ لها ، وإنَّما وَجَبَ فى حالِ المُطاوَعَةِ ؛ لأنَّ الحَدَّ سَقَطَ عنه للشُّبْهَةِ ، فوَجَبَ لها المَهْرُ كما لو وَطِئَ امرأةً بشُبْهَةِ عَقْدٍ مُطاوِعَةً . فإن تَكَرَّرَ وَطْؤُها ، وكان قد أدَّى مَهْرَ الوَطْءِ الأوَّلِ ، فللثانى مَهْرٌ أيضًا ؛ لأنَّ الأداءَ قَطَعَ حُكْمَ الوَطْءِ ، وإن لم يكُنْ أدَّى عن الأوَّلِ ، لم يَجِبْ إلَّا مَهْرٌ واحدٌ ؛ لأنَّ هذا عن وَطْءِ الشُّبْهَةِ ، فلم يَجِبْ إلَّا مَهْرٌ واحدٌ ، كالوَطْءِ فى النِّكاحِ الفاسِدِ .

الإنصاف ....

(١) فى النسختين : « عزرا » .
(٢) فى م : « عزر » .
(٣) زيادة من : الأصل .

المقنع

وَمَتى وَلَدَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ،

الشرح الكبير

فصل : فأمَّا إن وَطِئَها مع الشَّرْطِ ، فلا حَدَّ عليه ، ولا مَهْرَ ، ولا تَعْزِيرَ ؛ لأنَّه وَطْءٌ يَمْلِكُه ويُباحُ له ، فأشْبَهَ وَطْأَها قبلَ كِتابَتِها . وإذا وَجَبَ لها المَهْرُ بالوَطْءِ ؛ فإن كان لم يَحِلَّ عليها نَجْمٌ فلها المُطالَبَةُ ، وإن كان قد حَلَّ عليها ، وكان المَهْرُ مِن غيرِ جِنْسِه ، فلها المُطالَبَةُ أيضًا به ، وإن كان مِن جِنْسِه تَقاصَّا ، وأخذ ذو الفَضْلِ فَضْلَه .

٣٠٠٧ – مسألة : فإن أوْلَدَها (صارت أُمَّ وَلَدٍ له) سَواءٌ وَطِئَها بشَرْطٍ أو بغيرِ شَرْطٍ ؛ لأنَّه أحْبَلَها بحُرٍّ فى مِلْكِه ، فكانت أُمَّ وَلَدٍ ، كغيرِ المُكاتَبَةِ ، والوَلَدُ حُرٌّ ؛ لأنَّه وَلَدُه مِن مَمْلُوكَتِه ، ويَلْحَقُه نَسَبُه ؛ لذلك ، ولأنَّه مِن وَطْءٍ سَقَطَ فيه الحَدُّ للشُّبْهَةِ ، فأشْبَهَ وَلَدَ المَغْرُورِ[1] ، ولا تَلْزَمُه قِيمَتُه ؛ لأنَّها وَضَعَتْه[2] فى مِلْكِه .

الإنصاف

قوله : ومتى وَلَدَتْ منه ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له ، ووَلَدُه حُرٌّ – سواءٌ وَطِئَها بشَرْطٍ أو بغيرِه – فإنْ أدَّتْ عتَقَتْ ، وإنْ مات قبلَ أدائِها ، عتَقَتْ ، وسقَط ما بَقِىَ مِن كِتابَتِها . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَعُوا به . وحكَى الشِّيرازِىُّ رِوايَةً ، يلْزَمُها بَقِيَّةُ مالِ الكِتابَةِ تدْفَعُها إلى الوَرَثَةِ ، إذا اخْتارَتْ بَقاءَها على الكِتابَةِ . ذكَرَه عنه الزَّرْكَشِىُّ .

فائدة : ليس له وَطْءُ بِنْتِ مُكاتَبَتِه ، ولا يُباحُ ذلك بالشَّرْطِ ، فإنْ فعَل عُزِّرَ ،

(١) فى الأصل : « المقرة » .
(٢) فى الأصل : « وضيعة » .

الشرح الكبير

فصل : وليس له وَطْءُ بنْتِ مَكاتَبَتِه ، لأنَّها تابعَةٌ لها مَوْقُوفَةٌ معها ، فلم يُبَحْ[1] وَطْؤُها ، كأُمِّها ، ولا يُبَاحُ ذلك بالشَّرْطِ ؛ لأنَّ حُكْمَ الكتابَةِ ثَبَتَ فيها تَبَعًا ، ولم يكنْ وطؤُها مُباحًا حالَ العَقْدِ فيَشْتَرِطَه[2] . فإن وَطِئَها فلا حَدَّ عليه ، ويَأْثَمُ ويُعَزَّرُ ؛ لأنَّه وَطِئَ وَطْئًا مُحَرَّمًا ، ولها المَهْرُ ، حُكْمُه حُكْمُ [٦/٤٥ و] كَسْبِها ، يكونُ لأُمِّها تَسْتعينُ به فى كِتابَتِها ؛ لأنَّ ذلك سَبَبُ حُرِّيَتِها[3] . فإن أحْبَلَها صارت أُمَّ وَلَدٍ له ، والوَلَدُ حُرٌّ ؛ لأنَّه أحْبَلَها بِحُرٍّ فى مِلْكِه ، ويَلْحَقُه نَسَبُه ، ولا تجبُ عليه قِيمَتُها ؛ لأنَّ أُمَّها لا تَمْلِكُها ، ولا قيمَةُ وَلَدِها ؛ لأنَّها وَضَعَتْه[4] فى مِلْكِه .

فصل : وليس له وَطْءُ جاريَةِ مُكاتَبِه ولا مُكاتَبَتِه اتِّفاقًا . فإن فَعَلَ ، أثِمَ وعُزِّرَ ، ولا حَدَّ عليه ؛ لشُبْهَةِ المِلْكِ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ مالِكَها ، وعليه مَهْرُها لسيدِها ، ووَلَدُه منها حُرٌّ يَلْحَقُه نَسَبُه ؛ لأنَّ الحَدَّ سَقَطَ لشُبْهَةِ المِلْكِ ، وتَصِيرُ أُمَّ ولدٍ له ، وعليه قِيمَتُها لسيدِها ؛ لأنَّه أخْرَجَها بوَطْئِه عن مِلْكِه ، ولا تَجبُ عليه قِيمَةُ الوَلَدِ ؛ لأنَّها وَضَعَتْه فى مِلْكِه . ويَحْتَمِلُ أن تَلْزَمَه قِيمَتُه ؛ لأنَّه أخْرَجَه بوَطْئِه عن أن يكونَ مَمْلُوكًا لسيدِها ، فأشْبَهَ

الإنصاف

ولا تجبُ عليه قِيمَةُ وَلَدِه مِن جاريَةِ مُكاتَبِه أو مُكاتَبَتِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ويحْتَمِلُ أنْ تجِبَ .

(١) فى الأصل : « يصح » .
(٢) فى م : « فيشترط » .
(٣) فى الأصل : « حريتهما » .
(٤) فى الأصل : « وضيعة » .

المقنع

فَإِنْ أَدَّتْ عَتَقَتْ ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَدَائِهَا عَتَقَتْ ، وَسَقَطَ مَا بَقِىَ مِنْ كِتَابَتِهَا ، وَمَا فِى يَدِهَا لَهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَ عَجْزِهَا . وَقَالَ

الشرح الكبير

وَلَدَ المَغْرُورِ[1] .

فصل : ولا يَمْلِكُ السيدُ إجْبارَ مُكاتَبَتِه ولا ابْنَتِها ولا أَمَتِها على التَّزْويجِ ؛ لأنَّه زال مِلْكُه بعَقْدِ الكِتابَةِ عن نَفْعِها ونَفْعِ بُضْعِها[2] ، وعن عِوَضِه . وليس لواحدةٍ منهنَّ التَّزَوُّجُ[3] بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى ذلك ، فإنَّه يُثْبِتُ حَقًّا للزَّوْجِ فيها ، فرُبَّما عَجَزَتْ وعادت إليه على وَجْهٍ لا يَمْلِكُ وَطْأَها ، فإن تَراضَيا بذلك جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لا يَخْرُجُ عنهما ، وهو وَلِيُّها[4] ووَلِىُّ ابْنَتِها وجارِيَتِها جميعًا ؛ لأنَّ المِلْكَ له ، فأشْبَهَ الجارِيَةَ القِنَّ . والمَهْرُ للمُكاتَبَةِ ، على ما ذَكَرْنا فى مَهْرِهِنَّ إذا وَطِئَهُنَّ السيدُ .

٣٠٠٨ – مسألة : (فإن أدت عَتَقَتْ ، وإن مات) سيدُها (قبلَ أدائِها عَتَقَتْ ، وسَقَطَ ما بَقِىَ مِن كِتابَتِها ، وما فى يَدِها لها ، إلَّا أن يكونَ

الإنصاف

قوله : وما فى يَدِها لها ، إلَّا أَنْ يكُونَ قد عَجَّزَها . إذا ماتَ السَّيِّدُ قبلَ أدائِها ، عتَقَتْ بكَوْنِها أُمَّ وَلَدٍ ، وما فى يَدِها ، إنْ كان ماتَ سيِّدُها بعدَ عَجْزِها ، فهو لوَرَثَةِ سيِّدِها ، وإنْ كان ماتَ قبلَ عَجْزِها ، فقدَّم المُصَنِّفُ هنا ، أنَّه يكونُ لها . وهو أحدُ الوَجْهَيْن . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ،

---

(١) فى الأصل : « الغرور » .

(٢) فى م : « بعضها » .

(٣) فى م : « التزويج » .

(٤) فى الأصل : « وليهما » .

المقنع أَصْحَابُنَا : هُوَ لِوَرَثَةِ سَيِّدِهَا .

الشرح الكبير بعدَ عَجْزِها . وقال أصحابُنا : هو لوَرَثَةِ سيدِها . وكذلك الحُكْمُ فيما إذا أعْتَقَ المُكاتَبَ سيدُه) قد ذَكَرْنا أنَّ السيدَ إذا اسْتَوْلَدَ مكاتَبَتَه صارت أُمَّ وَلَدٍ له ، والوَلَدُ حُرٌّ ، ونَسَبُه لاحِقٌ به ، ولا تَبْطُلُ كِتابَتُها بذلك ؛ لأنَّهاعَقْدٌ لازِمٌ مِن جهةِ سيدِها ، وقد اجْتَمَعَ لها سَبَبانِ يقْتَضِيان العِتْقَ ، أيُّهما سَبَقَ صاحِبَه ثبَتَ حُكْمُه . هذا قولُ الزُّهْرِىِّ ، ومالكٍ ، واللَّيْثِ ، والثَّوْرِىِّ والشافعىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ، وابنِ المُنْذِرِ . وقال الحَكَمُ[1] : تَبْطُلُ كِتابَتُها ؛ لأنها سَبَبٌ للعِتْقِ ، فتَبْطُلُ[2] بالاسْتِيلادِ ، كالتَّدْبِيرِ . ولَنا ، أنَّها عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فلا تَبْطُلُ بالوَطْءِ ، كالبَيْعِ ، ولأنَّها سَبَبٌ للعِتْقِ لا يَمْلِكُ السيدُ الرُّجُوعَ عنه ، فلم تَبْطُلْ بذلك ، كالتَّعْلِيقِ بصِفَةٍ ، وما ذَكَرَه يَبْطُلُ بالتَّعْلِيقِ بالصِّفَةِ . وتُفارِقُ الكِتابَةُ التَّدْبِيرَ مِن وُجُوهٍ ؛ أحَدُها ، أنَّ حُكْمَ التَّدْبِيرِ والاسْتِيلادِ واحدٌ ، وهو العِتْقُ عَقِيبَ الموتِ ، والاسْتِيلادُ أقْوَى ؛ لأنه يُعْتَبَرُ مِن رأسِ المالِ ، ولا سَبيلَ إلى إبْطالِه بحالٍ ، فاسْتُغْنِىَ به عن التَّدْبِيرِ ، والكِتابَةُ سَبَبٌ يُتَعَجَّلُ به[3] العِتْقُ

الإنصاف والقاضى فى « المُجَرَّدِ » ، و « التَّعْلِيقِ » . ذكَرَه فيه فى الظِّهارِ . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » . وقال أصحابُنا : هو لورَثَةِ سيِّدِها [١٥٠/٣و] أيضًا . وهو المذهبُ .

---

(١) فى م : « الحاكم » .
(٢) فى م : « فبطل » .
(٣) فى الأصل : « بها » .

الشرح الكبير

بالأداءِ ، ويكونُ ما فَضَلَ مِن كَسْبِها لها ، وتَمْلِكُ بها منافِعَها [٦/٤٥ ظ] وكَسْبَها ، وتَخْرُجُ عن تصرُّفِ سيدِها . وهذا لا يَحْصُلُ بالاسْتِيلادِ ، فيَجِبُ أن تَبْقَى لبَقاءِ فائِدَتِها . الثانى ، أنَّ الكتابَةَ أقْوَى مِن التَّدْبيرِ ؛ لِلُزومِها ، وكَونِها لا تَبْطُلُ بالرُّجُوعِ عنها ، ولا بَيْعِ المُكاتَبِ ولا هِبَتِه . الثالثُ ، أنَّ التَّدْبيرَ تبرُّعٌ ، والكِتابَةَ عَقْدُ مُعاوَضَةٍ لازِمٌ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَجْتَمِعُ لها سَبَبان ، كلُّ واحدٍ منهما يَقْتَضِى الحُرِّيَّةَ ، فأيُّهما تَمَّ قبلَ صاحِبِه ، ثَبَتَتِ الحُرِّيَّةُ به ، كما لو انْفَرَدَ ؛ لأنَّ انْضِمامَ أحَدِهما إلى الآخَرِ مع كَونِه لا يُنافِيه ، لا يَمْنَعُ ثُبوتَ حُكْمِه ، فإن أدَّتْ عَتَقَتْ بالكِتابَةِ ، وما فَضَلَ مِن كَسْبِها فهو لها ؛ لأنَّ المُعْتَقَ بالكِتابَةِ له ما فَضَلَ مِن نُجُومِه ، وإن عَجَزَتْ[1] وَرُدَّتْ فى الرِّقِّ بَطَلَ حُكْمُ الكِتابَةِ ، وبَقِىَ لها[2] حُكْمُ الاسْتِيلادِ منفرِدًا ، كما لو لم تكُنْ مُكاتَبَةً ، وله وَطْؤُها ، وتَزْوِيجُها ، وإجارَتُها ، وتَعْتِقُ بمَوْتِه ، وما فى يدِها لوَرَثَةِ سيدِها . فإن مات سيدُها

الإنصاف

جزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، ولم يُفَرِّقْ بينَ عَجْزِها وعدَمِه . وأطْلَقَهما فى « المُسْتَوْعِبِ » ، وحكاهما رِوايتَيْن . وتقدَّم نظِيرُ ذلك ، إذا دبَّرَ المُكاتَبَ أو كاتَبَ المُدَبَّرَ ، فى بابِ التَّدْبيرِ .

(١) فى الأصل : « عجز » .
(٢) سقط من : الأصل .

المقنع وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ الْمُكَاتَبَ سَيِّدُهُ .

الشرح الكبير قَبلَ عَجْزِها عَتَقَتْ بأنَّها أُمُّ وَلَدٍ ، وتَسْقُطُ[1] الكِتابَةُ ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ حَصَلَتْ ، فسَقَطَ العِوَضُ المبْذُولُ فى تَحْصِيلِها ، كما لو باشَرَها سيدُها بالعِتْقِ ، وما فى يَدِها لوَرَثَةِ سيدِها ، فى قولِ الخِرَقِيِّ ، وأبى الخَطَّابِ ؛ لأنَّها عَتَقَتْ بحُكْمِ الاسْتِيلادِ ، فبَطَلَ حُكْمُ الكِتابَةِ ، فأشْبَهَت غيرَ المُكاتَبَةِ . وقال القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، فى « الفُصُولِ » : ما فَضَلَ فى يَدِها لها . وهو قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ العِتْقَ إذا وَقَعَ فى الكِتابَةِ لا يُبْطِلُ حُكْمَها ، كالإِبْراءِ مِن مالِ الكِتابَةِ ، ولأنَّ مِلْكَها كان ثابتًا على ما فى يَدِها ، ولم يَحْدُثْ إلَّا ما يُزِيلُ حَقَّ سيدِها عنها ، فيَقْتَضِى زَوالَ حَقِّه عمَّا فى يَدِها وتَقْرِيرَ مِلْكِها وخُلُوصَه لها ، كما اقْتَضَى ذلك فى نَفْسِها ، وهذا أصَحُّ .

٣٠٠٩ – مسألة : (وكذلك الحُكْمُ فيما إذا أعْتَقَ المُكاتَبَ سيدُه) يكونُ كَسْبُه له . فى قولِ القاضى ومَن وافقَه . وعلى قياسِ قولِ الخِرَقِيِّ ومَن وافقَه يكونُ لسيدِه ، كما لو عَتَقَتِ الأَمَةُ المُكاتَبَةُ بالاسْتِيلادِ[2] . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ لسيدِها أيضًا ، على قولِ الخِرَقِيِّ ومَن وَافَقَه ؛ لأنَّ السيدَ

الإنصاف قوله : وكذلكَ الحُكْمُ فيما إذا أعْتَقَ المُكاتَبَ سَيِّدُه . فيَكونُ مافى يَدِه له ، فى قَوْلِ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ . وعلى قِياسِ قولِ الأصحابِ ، يكونُ لسَيِّدِه . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ

---

(١) فى م : « سقطت » .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

أعْتَقَه برِضاه ، فيكونُ رِضًا منه بإعْطائِه مالَه ، بخِلافِ العِتْقِ بالاسْتِيلادِ ؛ فإنَّه حَصَلَ بغيرِ رِضَى الوَرَثَةِ واخْتِيارِهم ، ولأنَّه لو كان مالُ المُكاتَبِ يَصِيرُ إلى السيدِ بإعْتاقِه ، لتَمَكَّنَ السيدُ مِن أخْذِ مالِ المُكاتَبِ متى شاء ، فمتى كان له غَرَضٌ فى أخْذِ مالِه ؛ إمَّا لكَونِه يَفْضُلُ عن نُجُومِ كِتابَتِه ، وإمَّا لغَرَضٍ له فى بعضِ أعيانِ مالِه ، أو لكونِه يَتَعَجَّلُه قبلَ أن (١)يَحِلَّ نَجْمُ(١) الكِتابةِ ، أَعْتَقَه(٢) وأخَذَ مالَه . وهذا ضَرَرٌ على المُكاتَبِ لم يَرِدِ الشَّرْعُ به ، ولا يَقْتَضِيه عَقْدُ الكِتابةِ ، فوَجَبَ أن لا يُشْرَعَ .

فصل : وإن أتَتِ المُكاتَبَةُ بوَلَدٍ مِن غيرِ سَيدِها بعدَ اسْتيلادِها ، فله حُكْمُها (٣)فى العِتْقِ(٣) بكلِّ واحدٍ مِن السَّبَبَيْن ، أيُّهما سَبَقَ(٤) عَتَقَ به ، كالأُمِّ سَواءً ؛ لأنَّه تابعٌ (٥)فله حكمُها(٥) ، [٤٦/٦ و] فيَثْبُتُ له ما يَثْبُتُ(٦) لها . وإن ماتَتِ المُكاتَبَةُ بَقِيَ للوَلَدِ سَبَبُ الاسْتِيلادِ وحدَه ، فإنِ اخْتَلَفا

الإنصاف

للمُكاتَبِ أيضًا على قَوْلِ الأصحابِ ؛ الخِرَقِيِّ وغيرِه ؛ لأنَّ السَّيِّدَ أعْتَقَه برِضاه ، فيكونُ قد رَضِيَ بإعْطائِه مالَه ، بخِلافِ الأُولَى . وتقدَّم ؛ إذا ماتَ أو عجز أو عَتَقَ ، وفى يَدِه مالٌ مِنَ الزَّكاةِ ، هل يكونُ لسَيِّده أو يُرَدُّ إلى رَبِّه ؟ فى بابِ ذِكْرِ أهْلِ الزَّكاةِ .

(١ - ١) فى م : « تحل نجوم » .
(٢) فى م : « أعتق » .
(٣ - ٣) فى م : « بالعتق » .
(٤) فى الأصل : « أسبق » .
(٥ - ٥) سقط من : م .
(٦) فى م : « ثبت » .

المقنع

وَإِنْ كَاتَبَ اثْنَانِ جَارِيَتَهُمَا ، ثُمَّ وَطِئَاهَا ، فَلَهَا الْمَهْرُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

الشرح الكبير

فى وَلَدِها ، فقالت : وَلَدْتُه بعدَ كِتابَتِى ، أو بعدَ ولادَتِى . وقال السيدُ : بل قبلَه . فقال أبو بكرٍ : القَوْلُ قولُ السيدِ مع يَمينِه . وهذا قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الأصْلَ كَونُ الأمَةِ ووَلَدِها رَقِيقًا لسيدِها ، له التَّصَرُّفُ فيهما ، وهى تَدَّعِى ما يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ[1] . وإن زَوَّجَ مُكاتَبَه أمَتَه ، ثم باعَها منه ، واخْتَلَفا فى ولَدِها . فقال السيدُ : هو لِى ؛ لأنها وَلَدَتْه قبلَ بَيْعِها لك . وقال المُكاتَبُ : بل بعدَه . فالقولُ قولُ المُكاتَبِ ؛ لأنَّهما اخْتَلَفا فى مِلْكِه ، ويَدُ المُكاتَبِ[2] عليه ، فكان القولُ قولَ صاحبِ اليدِ مع يَمينِه ، كسائِرِ الأمْوالِ ، ويُفارِقُ وَلَدَ المُكاتَبَةِ[3] ؛ لأنَّها لا تَدَّعى مِلْكَه .

فصل : (وإن كاتَبَ اثْنان جارِيَتَهما) ثم وَطِئَها أحدُهما ، أُدِّبَ فوقَ أدَبِ الواطِئِ لمُكاتَبَتِه الخالِصَةِ له ؛ لأنَّ الوَطْءَ هٰهُنا حَرُمَ مِن وَجْهَيْن ؛

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، وكذا الحُكْمُ لو أعْتَقَ المُكاتَبَةَ . الثَّانيةُ ، عِتْقُ المُكاتَبِ ، قيل : هو إبْراءٌ ممَّا بَقِىَ عليه . وقيل : بل هو فَسْخٌ ، كعِتْقِه فى الكفَّارَةِ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » .

قولُه : وإنْ كاتَبَ اثْنانِ جارِيَتَهما ، ثم وَطِئاها ، فلها المَهْرُ على كُلِّ واحِدٍ منهما ، وإنْ وَلَدَتْ مِن أَحدِهما ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له . ومُكاتَبَةُ كُلِّ نِصْفٍ لسَيِّدِه . هذا

---

(١) بعده فى م : « ثم » .

(٢) فى م : « المكاتبة » .

(٣) فى م : « المكاتب » .

الشرح الكبير

الشَّرِكَةُ والكِتابَةُ ، فهو آكَدُ وإثْمُه أعْظَمُ ، وعليه لها مَهْرُ مِثْلِها ، على ما أسْلَفْناه فيما إذا كان السيدُ واحِدًا ، فإن لم يَكُنْ حَلَّ نَجْمٌ قَبضَتِ المَهْرَ ، فإذا حَلَّ نَجْمُها سَلَّمَتْه إليهما ، وإن حَلَّ نَجْمُها وهو مِن جِنْسِ مالِ الكِتابَةِ[1] ، وكان فى يَدِها بقَدْرِه ، دَفَعَتْه إلى الذى لم يَطَأْها ، واحْتُسِبَ على الواطِئِ بالمَهْرِ . وإن لم يكُنْ فى يَدِها شىءٌ ، وكان بقَدْرِ نَجْمِها أو دُونَه ، أخَذَتْ مِن الواطِئِ نِصْفَه ، وسَلَّمَتْه إلى الآخَرِ ، وإن لم يكُنْ مِن جِنْسِ مالِ الكِتابةِ ، فاتَّفَقَا على أخْذِه عِوَضًا عن مالِ الكِتابةِ ، فالحكمُ فيه كما لو كان مِن جِنْسِها . وإن لم يَتَّفِقا قَبَضَتْ ودَفَعَتْ ما عليها[2] مِن مالِ الكِتابَةِ مِن عِوَضِه أو غيرِه . وإن عَجَزَتْ ففَسَخا[3] الكِتابَةَ ، وكان فى يَدِها بقَدْرِ المَهْرِ ، أخَذَه الذى لم يَطأْ ، وسَقَطَ المَهْرُ مِن ذِمَّةِ الواطِئِ ، وإن لم يَكُنْ فى يَدِها شىءٌ ، كان للذى لم يَطأْ أن يَرْجِعَ على الواطِئِ بنِصْفِه ؛

الإنصاف

المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و «المُحَرَّرِ»، و «الرِّعايتَيْن»، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « الفُروعِ »، و « الفائقِ »، وغيرِهم . وقال القاضى : لا يسْرِى اسْتِيلادُ أحَدِهما إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ، إلَّا أنْ يعْجِزَ ، فيُنْظَرَ حِينَئذٍ ؛ فإنْ كان مُوسِرًا ، قُوِّمَ عليه نَصِيبُ شريكِه ، وإلَّا فلا .

---

(١) فى الأصل : « المكاتبة » .
(٢) فى الأصل : « عليه » .
(٣) فى الأصل : « فسخا » .

الشرح الكبير
لأنه وَطِئَ جارِيةً مُشْتَرَكَةً بينَهما ، فإن حَبلَتْ منه صارت أُمَّ وَلَدٍ له ، وعليه نِصْفُ قِيمَتِها لشَرِيكِه مع نِصْفِ المَهْرِ الواجِبِ لها ، مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا ، فإن كان مُوسِرًا أدَّاهُ فى الحالِ ، وإن كان مُعْسِرًا فهو فى ذِمَّتِه . هذا ظاهرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . فعلى هذا ، تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ للواطِئ ، ومُكاتَبَةً له كأنَّه اشْتَرَاها ، وتكونُ مُبْقاةً على ما بَقِىَ مِن كِتابَتِها ، وتُعْتَبَرُ قِيمَتُها مُكاتَبَةً مُبْقاةً على ما بَقِىَ عليها[1] مِن كِتابَتِها . واختار القاضى أنَّه إن كان مُعْسِرًا لم يَسْرِ الإحْبالُ ؛ لأنَّه بمَنْزِلةِ الإعْتاقِ بالقولِ ، يُعْتَبرُ اليَسارُ فى سِرايَتِه ، ونَصِيبُ الواطِئ قد ثَبَتَ له حكمُ الاسْتِيلادِ وحُكْمُ الكِتابةِ ، ونَصِيبُ شَرِيكِه لم يَثْبُتْ له إلَّا حُكْمُ الكِتابةِ ، فإن أدَّتْ إليهما عَتَقَتْ وبَطَلَ حكمُ الاسْتيلادِ ، [2]وإن عَجَزَت وفَسَخا الكِتابةَ ، ثَبَتَ لنِصْفِها حُكْمُ الاسْتيلادِ[2] ، ونِصْفُها قِنٌّ لا يُقَوَّمُ على الوارِثِ وإن كان مُوسِرًا ؛ لأنَّه ليس بعِتْقٍ . وإن مات الواطِئُ قبلَ عَجْزِها ، عَتَقَ نَصِيبُه ، وسَقَطَ حُكْمُ الكِتابةِ فيه ، وكان الباقى مُكاتَبًا . وإن كان الواطِئُ مُوسِرًا ، فقد ثَبَتَ لنِصْفِها حُكْمُ الاسْتيلادِ ، ونِصْفُها [٤٦/٦ ظ] الآخرُ مَوْقُوفٌ ، فإن أدَّتْ إليهما عَتَقَتْ كلُّها ، وولاؤُها لهما ، وإن عَجَزَتْ وفُسِخَتِ الكِتابَةُ ، قَوَّمْناها حينَئِذٍ على الواطِئ ، فيَدْفَعُ إلى شَرِيكِه قِيمةَ نَصِيبِه ، ويَصِيرُ جَميعُها

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .
(٢ - ٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

أُمَّ ولَدٍ له . فإن مات عَتَقَتْ عليه ، وكان ولاؤُها له . وهذا مَذهبُ الشافعيِّ ، وله قولٌ آخرُ ، أنَّها تُقَوَّمُ على المُوسِرِ ، وتَبْطُلُ الكِتابَةُ فى نِصْفِ الشَّرِيكِ ، ويَصِيرُ جَمِيعُها أمَّ وَلَدٍ ، ونِصْفُها مُكاتَبًا للواطِئِ ، فإن أدَّتْ نَصِيبَه إليه عَتَقَتْ وسَرَى إلى الباقِى ؛ لأنَّه مِلْكُه ، وعَتَقَ جَمِيعُها ، وإن عَجَزَتْ ، ففَسَخَ(١) الكِتابةَ ، كانت أُمَّ وَلَدٍ له خَاصَّةً ، فإذا مات عَتَقَتْ كُلُّها . ولَنا ، أنَّ بَعْضَها أُمُّ وَلَدٍ ، فكان جَمِيعُها كذلك ، كما لو كان الشَّرِيكُ مُوسِرًا(٢) ، يُحَقِّقُ هذا أنَّ الوَلَدَ حاصِلٌ مِن جَمِيعِها ، وهو كلُّه مِن الواطِئِ ، ونَسَبُه لاحِقٌ به ، فيَنْبَغِى أن يَثْبُتَ ذلك لجميعِها ، ويُفارِقُ الإعْتاقَ ؛ فإنَّه أضْعَفُ ، على ما بَيَّنَّا مِن قبلُ . ولَنا على أنَّ الكِتابَةَ لا تَبْطُلُ بالتَّقْوِيمِ ، أنَّها (٣عَقْدٌ لازمٌ٣) ، فلا تَبْطُلُ مع بَقائِها بفِعْلٍ صَدَرَ منه ، كما لو اسْتَوْلَدَها وهى فى مِلْكِه ، أو كما لو لم تَحْبَلْ منه ، وأمَّا الوَلَدُ ، فإنَّه حُرٌّ ؛ لأنَّه مِن وَطْءٍ فيه شُبْهَةٌ ، ونَسَبُه لاحِقٌ به ؛ لذلك ، ولا تَلْزَمُه قِيمَتُه ؛ لأنَّها وضَعَتْه(٤) فى مِلْكِه . ورُوِىَ عن أحمدَ فى هذا رِوايتان ؛ إحداهما ، لا تَجِبُ قِيمَتُه ؛ لأنَّ نَصِيبَ شَرِيكِه انتقلَ إليه مِن حين العُلُوقِ ، وفى تلك الحالِ لم تكُنْ له قِيمةٌ ، فلم يَضْمَنْه . والثانيةُ ، عليه نِصْفُ قِيمَتِه ؛ لأنَّه كان مِن سبيلِ هذا النِّصفِ أن يكونَ مملوكًا لشريكِه ، فقد أتْلَفَ رِقَّه عليه ،

الإنصاف ....

(١) فى م : « ففسخت » .
(٢) فى الأصل : « معسرًا » .
(٣ - ٣) فى الأصل : « عنه لازمة » .
(٤) فى الأصل : « وضيعة » .

الشرح الكبير

فكان عليه نصفُ قيمتِه . قال القاضى : هذه الرِّوايَةُ أصَحُّ على[1] المذهبِ . وذكَر هاتَيْن الرِّوايَتَيْن أبو بكرٍ ، واخْتار[2] أنَّها إن وَضَعَتْه بعدَ التَّقْويمِ فلا شىءَ على الواطئِ ، وإن وَضَعَتْه قبلَ التَّقْويمِ غَرِمَ نِصْفَ قِيمَتِه ، فإنِ ادَّعَى الواطئُ[3] الاسْتِبْراءَ ، فأتَتْ بالوَلَدِ لأكثرَ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ مِن حينِ الاسْتِبْراءِ ، لم يَلْحَقْ به ، ولم تَصِرْ أُمَّ ولدٍ ، وكان حُكْمُ ولدِها حُكْمَها . وإن أتَتْ به لأقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ مِن حينِ الاسْتِبْراءِ ، لَحِقَ به ، كما لو كان قبلَ الاسْتِبْراءِ ؛ لأنَّا تَبَيَّنَّا أنَّها كانت حَامِلًا وَقْتَ الاسْتِبْراءِ ، فلم يَكُنْ ذلك اسْتِبْراءً .

٣٠١٠ – مسألة : وإن (وَطِئَاها) جميعًا ، فقد وَجَبَ لها (على كلِّ واحدٍ منهما) مَهْرُ مِثْلِها . فإن كانت فى الحالَيْن على صِفَةٍ واحدةٍ ، فهما سَواءٌ فى الواجِبِ عليهما . وإن كانت بِكْرًا حين وَطِئَها الأوَّلُ ، فعليه مَهْرُ بكرٍ ، وعلى الآخرِ مَهْرُ ثَيِّبٍ ، فإن كان نَجْمُها لم يَحِلَّ ، فلها مُطالَبَتُهما بالمَهْرَيْن . وإن كان قد حَلَّ ، وهو مِن جِنْسِ المَهْرِ ، تَقاصَّا ، على ما ذَكَرْنا فى المُقاصَّةِ . فإن أدَّتْ إليهما عَتَقَتْ ، وكان لها المُطالبَةُ بالمَهْرَيْن ، وإن عَجَزَتْ نَفْسُها ، وفَسَخا الكِتابةَ بعدَ قَبْضِها المَهْرَيْن ، وكانا سواءً ، لم يَمْلِكْ أحدُهما مُطالَبَةَ الآخرِ بشىءٍ ؛ لأنَّها قَبَضَتْهما وهى مُسْتَحِقَّةٌ

الإنصاف ....

(١) فى م : « فى » .

(٢) فى م : « ذكر » .

(٣) بعده فى م : « لها » .

الشرح الكبير

لذلك . فإن كان فى يَدِها اقْتَسماهما ، وإن تَلِفا أو بعضُهما ، [٦/٤٧ و] فلا شىءَ لهما ؛ لأنَّ السيدَ لا يَثْبُتُ له دَيْنٌ على مَمْلُوكِه . وإن كان الفَسْخُ قبلَ قَبْضِ المَهْرَيْن ، وهما سَواءٌ ، سَقَطَ عن كلِّ واحدٍ منهما[1] ما عليه ، وإن كان أحَدُهما أقلَّ مِن الآخرِ ، تقاصَّ[2] منهما بقَدْرِ أقلِّهما ، ويَرْجِعُ مَن عليه أقَلُّهما على الآخرِ بنِصْفِ الزِّيادَةِ ، وإن قَبَضَتْ مِن أحَدِهما دُونَ الآخرِ ، رَجَعَ المَقْبوضُ منه على الآخرِ بنِصْفِ ما عليه ، وإن قَبَضَتِ البعضَ مِن أحَدِهما دونَ الآخرِ ، أو قَبَضَتْ مِن أحدِهما أكثرَ مِن الآخرِ ، رَجَعَ مَن قُبِضَ منه الأكْثرُ على الآخرِ بنِصْفِ الزِّيادَةِ التى أدَّاها . فإن أفْضاها أحَدُهما بوَطْئِه ، فعليه لها ثُلُثُ قِيمَتِها ؛ لأنَّ الإفْضاءَ فى الحُرَّةِ يُوجِبُ ثُلث دِيَتِها ، فيُوجِبُ فى الأمَةِ ثُلُثَ قِيمَتِها [3]مع المَهْرِ ، ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَه فى الإفضاءِ ثُلُثُ نقصِها . وقال القاضى : يَلْزَمُهُ قِيمتُها[3] . وهو مذهبُ الشافعىِّ . وهذا الخِلافُ مَبْنِىٌّ على الواجِبِ فى إفْضاءِ الحُرَّةِ . وسنذْكُره إن شاء اللهُ تعالى . فإن فُسِخَتِ الكِتابَةُ ، رَجَعَ مَن لم يُفْضِها على الآخرِ بنِصْفِ قِيمَةِ الإفْضاءِ ، على الخِلافِ المذكورِ . فإنِ ادَّعَى كلُّ واحدٍ منهما على الآخرِ أنَّه الذى أفْضاها ، أو وَطِئَها ، حَلَفَ كلُّ واحدٍ منهما ، وبَرِئَ . وإن نَكَلَ أحَدُهما قُضِىَ عليه . وإن كان الخِلافُ [3]فى ذلك[3] قبلَ

الإنصاف

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « تقاصا » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

المقنع فَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا ، صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، وَيَغْرَمُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهَا . وَهَلْ يَغْرَمُ نِصْفَ قِيمَةِ وَلَدِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير عَجْزِها ، فادَّعَتْ على أحَدِهما ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه . وإنِ ادَّعَتْ على أحدِهما غيرَ مُعَيَّنٍ ، لم تُسْمَعِ الدَّعْوَى .

٣٠١١ – مسألة : (وإن وَلَدَتْ مِن أحَدِهما ، صارت أُمَّ وَلَدٍ له ، ويَغْرَمُ لشَرِيكِه نِصْفَ قِيمَتِها . وهل يَغْرَمُ نِصْفَ قِيمَةِ وَلَدِها ؟ على رِوايَتَيْن) وقد ذَكَرْنا ذلك والخِلافَ فيه ، فيما إذا وَطِئَها أحَدُهما .

الإنصاف وقوله : ويَغْرَمُ لشَرِيكِه نِصْفَ قِيمَتِها . بلا نِزاعٍ . لكِنْ هل يَغْرَمُ نِصْفَ قِيمَتِها مُكاتَبَةً ، أو نِصْفَ قِيمَتِها قِنًّا ؟ فيه وَجْهان . والصَّحيحُ مِنَ المَذهبِ ، الأَوَّلُ . قدَّمه في « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » . والوَجْهُ الثَّاني ، يَغْرَمُ نِصْفَ قِيمَتِها قِنًّا . جزَم به في « الوَجيزِ » . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِي الصَّغيرِ » ، و « الفائقِ » . وصحَّحه في « النَّظْمِ » . وهل يَلْزَمُه المَهْرُ كامِلًا أو نِصْفُه ؟ فيه وَجْهان . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، الأَوَّلُ . قدَّمه في « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » . والوَجْهُ الثَّاني ، يلْزَمُه نِصْفُ المَهْرِ فقط . جزَم به في « الوَجيزِ » . وصحَّحه في « النَّظْمِ » . وأطْلَقَهما في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » .

قوله : وهل يَغْرَمُ نِصْفَ قِيمَةِ وَلَدِها ؟ على رِوايتَيْن . وأطْلَقَهما في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ؛ إحْداهما ، يَغْرَمُ نِصْفَ قِيمَتِه . قال القاضي : هذه الرِّوايَةُ أصحُّ على المذهبِ . وصحَّحَه في « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به في

المقنع

وَإنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ فَأُلْحِقَ بِهِمَا ، صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُمَا ، يَعْتِقُ نِصْفُهَا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا ، وَبَاقِيهَا بِمَوْتِ الْآخَرِ . وَعِنْدَ الْقَاضِى ، لَا يَسْرِى اسْتِيلَادُ أَحَدِهِمَا إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، إِلَّا أَنْ يَعْجِزَ ، فَيُنْظَرَ حِينَئِذٍ ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا قُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ، وَإِلَّا فَلَا .

الشرح الكبير

٣٠١٢ – مسألة : (وإن أتتْ بوَلَدٍ وأُلْحِقَ بهما ، صارت أمَّ وَلَدٍ لهما ، يَعْتِقُ نِصْفُها بموتِ أحَدِهما ، وباقِيها بموتِ الآخَرِ) كما لو كان سيدُها واحدًا واسْتَوْلَدَها ، فإنَّها تَعْتِقُ بموتِه (وعندَ القاضى ، لا يَسْرِى اسْتِيلادُ أحَدِهما إلى نَصِيبِ شَرِيكِه) لأنَّه انْعَقَدَ له سَبَبُ اسْتِحْقاقِه للولاءِ على نَصِيبِه بالكِتابَةِ ، فلم يَجُزْ إبْطالُه بالسِّرَايَةِ (إلَّا أن يَعْجِزَ ، فيُنْظَرَ حِينَئِذٍ ، فإن كان مُوسِرًا قُوِّمَ عليه نَصِيبُ شَرِيكِه ، وإلَّا فلا) وقد ذَكَرْنا قولَ القاضى ، وأجَبْنا عنه فيما سَبَقَ .

فصل : فأمَّا إن أوْلَدَها كلُّ واحدٍ منهما ، واتَّفَقَا على السَّابِقِ منهما ، فعلى قولِ الخِرَقِىِّ ، تَصِيرُ أمَّ وَلدٍ له ، ووَلَدُه حُرٌّ ، يَلْحَقُه نَسَبُه ، والخِلافُ فى ذلك كالخِلافِ فيما إذا انْفَرَدَ بإيلادِها سَواءً . وأمَّا الثانى ، فقد وَطِئَ

الإنصاف

« الوَجيزِ » . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، لايغْرَمُه . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وهذا المذهبُ . وقيل : إنْ وضَعَتْه قبلَ التَّقْويمِ ، غَرِمَ نِصْفَ قِيمَتِه ، وإلَّا فلا شيءَ عليه . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . ويأْتِى ما يُشابِهُ ذلك ، فى آخِرِ بابِ أحْكامِ أُمَّهاتِ الأوْلادِ .

الشرح الكبير

أُمَّ وَلَدِ غيرِه بشُبْهَةٍ وأَوْلَدَها ، فلا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له ؛ لأنَّها مَمْلوكةُ غيرِه ، فأشْبَهَ مالو باعها ثم أَوْلَدَها ، وعليه مَهْرُها لها ؛ لأنَّ الكِتابةَ لم تَبْطُلْ . والوَلَدُ حُرٌّ ؛ لأنه مِن وَطْءِ شُبْهَةٍ ، وعليه قِيمَتُه للأوَّلِ ؛ لأنَّه فَوَّتَ رِقَّه عليه ، وكان مِن سَبِيلِه أن يكونَ رَقِيقًا له ، حُكْمُه حُكْمُ أُمِّه ، فتَلْزَمُه قِيمَتُه على هذه الصِّفةِ . وقد ذَكَرْنا فى وُجُوبِ نِصْفِ قِيمةِ الأوَّلِ خِلافًا . فإن قُلْنا بوُجُوبِها ، تقاصَّا بما لواحدٍ منهما على صاحِبِه فى القَدْرِ [٦/٤٧ ظ] الذى تَساوَيا فيه ، ويَرْجِعُ ذو الفَضْلِ بفَضْلِه ، وتُعْتَبَرُ القِيمةُ يومَ الوِلادةِ ؛ لأنَّها أوَّلُ حالٍ أمْكَنَ التَّقْوِيمُ فيها . وذكَرَ القاضى فى المسألةِ أربعةَ أحْوالٍ ؛ أحدُها ، أن يكونا مُوسِرَيْن ، فالحُكْمُ على ما ذَكَرْنا ، إلَّا أنَّه جَعَلَ المَهْرَ الواجِبَ على الثانى للأوَّلِ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . ولا يَصِحُّ هذا ؛ لأنَّ الكِتابَةَ لا تَبْطُلُ بالاسْتِيلادِ ، ومَهْرُ المُكاتَبَةِ لها دونَ سَيِّدِها ، ولأنَّ سيدَها لو وَطِئَها وَجَبَ عليه المهرُ لها[1] ، فلأَن لا يَمْلِكَ المَهْرَ الواجِبَ على غيرِه أَوْلَى ، ولأنه عِوَضُ نَفْعِها ، فكان لها ، كأُجْرَتِها . الثانى ، أن يكونَ الأوَّلُ مُوسِرًا والثانى مُعْسِرًا ، فيكونُ كالحالِ الأوَّلِ سَواءً . قال القاضى : إلَّا أنَّ وَلَدَه يكونُ مَمْلُوكًا ؛ لإِعْسارِه بقِيمَتِه . وهذا غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّ الوَلَدَ لا يَرِقُّ بإعْسارِ وَالدِه ، بدليلِ ولَدِ المَغْرُورِ مِن أمَةٍ ، والوَاطِئِ بشُبْهَةٍ . وكلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنا بحُرِّيَّةِ الوَلَدِ ، لا يَخْتَلِفُ بالإِعْسارِ واليَسارِ ، وإنَّما يُعْتَبَرُ اليسارُ فى سِرايَةِ العِتْقِ ، وليس عِتْقُ هذا بطريقِ السِّرايَةِ ، إنَّما هو

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

لأجْلِ الشُّبْهَةِ فى الوَطْءِ ، فلا وَجْهَ لاعْتِبارِ اليسارِ[1] فيه ، والصَّحِيحُ أنَّه حُرٌّ ، وتَجِبُ قِيمَتُه فى ذِمَّةِ أبِيه . الحالُ الثالثُ ، أن يكونا مُعْسِرَيْن ، فإنَّها تصيرُ أُمَّ ولَدٍ [2]لهما جميعًا ، نِصْفُها أُمُّ وَلدٍ[2] للأوَّلِ ، ونِصْفُها للثَّانى . قال : وعلى كلِّ واحدٍ منهما نِصْفُ مَهْرِها لصاحِبِه ، وفى وَلَدِ كُلِّ واحدٍ منهما وَجْهان ؛ أحدُهما ، أن يكونَ كلُّه حُرًّا ، وفى ذِمَّةِ أبيه نِصْفُ قِيمَتِه لشَرِيكِه . والثانى ، نِصْفُه حُرٌّ ، وباقيه عَبْدٌ لشَرِيكِه ، إلَّا أنَّ نِصْفَ الوَلَدِ الأوَّلِ عَبْدٌ قِنٌّ ؛ لأنَّه تابعٌ للنِّصْفِ الباقِى مِن الأُمِّ ، وأمَّا النِّصْفُ الباقى مِن وَلَدِ الثانى ، فحُكْمُه حكمُ أُمِّه ؛ لأنَّه وُلِدَ منها بعدَ أن ثَبَتَ لِنِصْفِها حُكْمُ الاسْتِيلادِ للأوَّلِ ، فكان نِصْفُه الرَّقِيقُ تابعًا لها فى ذلك . ولعَلَّ القاضىَ أراد ما إذا عَجَزَتْ وفُسِخَتِ الكِتابَةُ ، فأمَّا إذا كانتْ باقِيةً على الكِتابةِ ، فلها المَهْرُ كامِلًا على كلِّ واحدٍ منهما ، وإذا حُكِمَ برِقِّ نِصْفِ ولَدِها ، وجَبَ أن يكونَ له حُكْمُها فى الكِتابَةِ ؛ لأنَّ وَلَدَ المُكاتَبةِ يكونُ تابعًا لها . الحالُ الرابعُ ، أن يكونَ الأوَّلُ مُعْسِرًا والثانى مُوسِرًا ، فحُكْمُه حكمُ الثالثِ سَواءً ، إلَّا أنَّ وَلَدَ الثانى حُرٌّ ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ تَثْبُتُ لِنِصْفِه بفِعْلِ أبيه ، وهو مُوسِرٌ ، فسَرَى إلى جَمِيعِه ، وعليه نِصْفُ قِيمَتِه لشَرِيكِه ، ولم تُقَوَّمْ عليه الأُمُّ ؛ لأنَّ نِصْفَها أُمُّ وَلَدٍ للأوَّلِ . ولو صَحَّ هذا لوَجَبَ أن لا يُقَوَّمَ عليه نِصْفُ الوَلَدِ ؛ لأنَّ حُكْمَه حُكْمُ أُمِّه فى هذا ، فإذا مَنَعَ حُكْمُ الاسْتِيلادِ

الإنصاف ....

(١) فى م : « التساوى » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

السِّرايَةَ فى الأُمِّ ، مَنَعَه فيما هو تابعٌ لها . ومَذهبُ الشافعىِّ فى هذا الفَصْلِ قَرِيبٌ مما ذَكَرَ القاضِى .

فصل : وإنِ اخْتَلَفا فى السَّابِقِ منهما ، فادَّعَى كلُّ واحدٍ منهما أنَّه السَّابِقُ ، فعلى قَوْلِنا ، لها المَهْرُ على كلِّ واحدٍ منهما ، وكلُّ واحدٍ منهما يُقِرُّ لصاحِبه بنِصْفِ قِيمَةِ الجارِيةِ ؛ لأنَّه يَقُولُ : صارت أُمَّ ولَدٍ لى[1] بإحْبالِى إيَّاها ، ووَجَبَ لشَرِيكِى علىَّ نِصْفُ [٦/٤٨ و] قِيمَتِها ، ولى عليه قِيمَةُ ولَدِه ؛ لأنَّه يقول : أوْلَدْتُها بعدَ أن صارت أُمَّ وَلَدٍ لى . وهل يكونُ مُقِرًّا له[2] بنِصْفِ قيمةِ ولَدِها ؟ على وَجْهَيْن سَبَقَ ذِكْرُهما . فعلى هذا ، إنِ اسْتَوَى ما يَدَّعِيه وما يُقِرُّ به ، تَقَاصَّا وتَساقَطا ، ولا يَمِينَ على صاحِبِه ؛ لأنَّه يقولُ : لى عليكَ مثلُ ما لَكَ علىَّ . والجِنْسُ واحدٌ ، فتساقَطَا ، وإن زاد ما يُقِرُّ به ، فلا شىءَ عليه ؛ لأنَّ خَصْمَه يُكَذِّبُه فى إقْرارِه . وإن زاد ما يَدَّعِيه ، فله اليَمِينُ على صاحِبِه فى الزِّيادةِ ، ويَثْبُتُ للأَمَةِ حُكْمُ العِتْقِ فى نَصِيبِ كلِّ واحدٍ منهما بموتِه ؛ لإقْرارِه بذلك ، ولا يُقْبَلُ قولُه على شَرِيكِه فى إعْتاقِ نَصِيبِه . وقال أبو بكرٍ : فى الأَمَةِ قولان ؛ أحدُهما ، أن يُقْرَعَ بينَهما ، فتكونَ أُمَّ وَلَدٍ لمَن تَقَعُ القُرْعةُ له . والثانى ، تكونُ أُمَّ ولَدٍ لهما ، ولا يَطَؤُها واحدٌ منهما . قال : وبالأوَّلِ أقولُ . وأمَّا القاضى فاخْتارَ أنَّهما إن كانا مُوسِرَين ، فكلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِى المَهْرَ على صاحِبِه ، ويُقِرُّ له

الإنصاف ....

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « لها » .

الشرح الكبير

بنِصْفِه . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ المَهْرَ عندَهم لسيدِها دُونَها ، ولا يَعْتِقُ شيءٌ منها بموتِ الأوَّلِ ؛ لاحْتِمالِ أن تكونَ أُمَّ ولدٍ للآخَرِ ، فإذا ماتَ الآخَرُ عَتَقَتْ ؛ لأنَّ سيدَها قد ماتَ يَقِينًا . وإن كانا مُعْسِرَيْن ، فكلُّ واحدٍ منهما يُقِرُّ بأنَّ نِصْفَها أُمُّ ولَدِه ، ويُصَدِّقُه الآخَرُ ؛ لأنَّ الاسْتِيلادَ لا يَسْرِى مع الإعْسارِ ، وكلُّ واحدٍ منهما يُقِرُّ لصاحِبِه بنِصْفِ المَهْرِ ، والآخرُ يُصَدِّقُه ، فيتَقاصَّان إن تَساوَيا ، وإن فَضَلَ أحَدُهما صاحِبَه ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان كلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِى الفَضْلَ ، تحالَفَا[1] وسَقَطَ ، وإن كان كلُّ واحدٍ منهما يُقِرُّ بالفَضْلِ ، سَقَطَ ؛ لتكْذِيبِ المُقَرِّ له به . وفى الولَدِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، يكونُ حُرًّا ، فيكونُ كلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِى على الآخَرِ نِصْفَ قِيمَةِ الوَلَدِ . والوَجْهُ الثانى ، نِصْفُه حُرٌّ ، فيُقِرُّ بأنَّ نِصْفَ الولدِ مَمْلوكٌ لشَرِيكِه ، فيكونُ الوَلَدان[2] بينَهما مِن غيرِ يَمينٍ ، وعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَتَقاصَّان إنِ اسْتَوَتْ قِيمَةُ الوَلَدَيْن . ولا يَمِينَ فى المَوْضِعَيْنِ ، وأيُّهما ماتَ ، عَتَقَ[3] نَصِيبُهُ ، ووَلاؤُه له . وإن كان أحَدُهما مُوسِرًا والآخَرُ مُعْسِرًا ، فالمُوسِرُ يُقِرُّ للمُعْسِرِ بنِصْفِ قِيمَةِ الأمَةِ ونِصْفِ مَهْرِ مِثْلِها ، ويَدَّعِى عليه جَمِيعَ المَهْرِ وقيمةَ الوَلَدِ ، والمُعْسِرُ يُقِرُّ للمُوسِرِ بنِصْفِ المَهْرِ ونِصْفِ قِيمَةِ الولدِ ، فيَسْقُطُ إقْرارُ المُوسِرِ للمُعْسرِ بنِصْفِ قِيمَةِ الجارِيَةِ ؛ لكَونِه لا يَدَّعِيه ولا يُصَدِّقُه فيه ، ويَتَقاصَّان بالمَهْرِ ؛

(١) فى الأصل : « تحالف » .
(٢) فى م : « الولد » .
(٣) فى الأصل : « عن » .

الشرح الكبير

لاسْتِوائِهما فيه ، ويَدْفَعُ المُعسِرُ إلى المُوسِرِ نِصْفَ قِيمَةِ الوَلَدِ ؛ لإقْرارِه به ، ويَحْلِفُ على ما يَدَّعِيه عليه مِن الزِّيادةِ ؛ لأنَّه ادَّعَى عليه جميعَ قِيمةِ الوَلَدِ فأقَرَّ له بنِصْفِها ، ويَحْلِفُ له المُوسِرُ على نِصْفِ قِيمَةِ الولَدِ الذى ادَّعاه المُعْسِرُ عليه . وأمَّا الجاريةُ ، فإنَّ نَصِيبَ المُوسِرِ منها أُمُّ ولَدٍ بغيرِ خِلافٍ بينَهما فيه ، وباقِيَه يتنازَعانِه ، فإن مات المُوسِرُ أوَّلًا عَتَقَ نَصِيبُه ، ووَلاؤُه لوَرَثَتِه ، فإذا [٦/٤٨ ظ] ماتَ المُعْسِرُ عَتَقَ باقِيها ، وإن مات المعسرُ أوَّلًا لم يَعْتِقْ منها شىءٌ ، فإذا مات المُوسِرُ عَتَقَ جَمِيعُها . ويَجِئُ على قولِ أبى بكرٍ ، أن يُقْرَعَ بينَهما على[1] النِّصْفِ المُخْتَلَفِ فيه .

فصل : فإن وَطِئَاها معًا ، فأتَت بولَدٍ ، لم يَخْلُ مِن ثلاثةِ أقْسامٍ ؛ أحدُها ، أن لا يُمْكِنَ أنْ يكُونَ مِن واحدٍ منهما ، مثلَ أن تَأْتِىَ به[2] بعدَ اسْتِبْرائِها منهما ، أو بعدَ أرْبعِ سنين منذُ وَطِئَهَا كلُّ واحدٍ منهما ، [3]أو قبلَ مُضِىِّ سِتَّةِ أشْهُرٍ منذُ وَطِئَها كلُّ واحدٍ منهما[3] فيكونُ مَنْفِيًّا عنهما ، مَمْلُوكًا لهما[4] ، حُكْمُه حُكْمُ أُمِّه فى العِتْقِ بأدائِها . وتُقْبَلُ دَعْوَى الاسْتِبْراءِ مِن كلِّ واحدٍ منهما ؛ لأنَّ دَعْوَى الاسْتِبْراءِ فى الأمَةِ كاللِّعانِ فى الحُرَّةِ .

الإنصاف ....

(١) فى م : « فى » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣ - ٣) سقط من : م .
(٤) فى الأصل : « لها » .

الشرح الكبير

القسمُ الثانى ، أن يكونَ مِن أحَدِهما بعَيْنِه دُونَ صاحِبِه ، فالحُكْمُ فيه حُكْمُ ما إذا ولَدَتْ مِن أحَدِهما بعَيْنِه ، مِن وُجوبِ المَهْرِ لها ، وقِيمَةِ نِصْفِها لشَرِيكِه ، مع الخِلافِ فى ذلك . فأمَّا الذى لم تَحْبَلْ مِن وَطْئِه ، فإن كان الأوَّلَ ، فعليه المَهْرُ لها ، وإن كان الثانىَ فقد وَطِئَ أمَّ وَلَدِ غيرِه ، فإن كانتِ الكِتابةُ باقِيةً ، فعليه المَهْرُ لها أيضًا ، وإن كانت قد فُسِخَتْ ، فالمَهْرُ للذى اسْتَوْلَدَها ، وقد وَجَب للثانى على الأوَّلِ نِصْفُ قِيمَتِها . وفى قِيمَةِ نِصْفِ الوَلَدِ رِوايتان . فإن كان المَهْرُ للأوَّلِ ، تَقَاصَّا بقَدْرِ أقَلِّ الحَقَّيْن ، وإن كان المهرُ لها ، رَجَعَ بحَقِّه على الذى أحْبَلَها . وأمَّا القاضى ، فقال فى هذا القسمِ : الحكمُ فى الأوَّلِ كالحُكْمِ فيه إذا انْفَرَدَ بالوَطْءِ ، على ما مَضَى مِن التَّفْصِيلِ ، وأمَّا الثانى ، فإن وَطِئَها بعدَ ولادَتِها مِن الأوَّلِ ، نَظَرْنا ؛ فإن وَطِئَها بعدَ الحُكْمِ بكَونِها أُمَّ ولَدٍ للأوَّلِ ، فعليه مَهْرُ مِثْلِها ، فإن كان فَسَخَ الكِتابَةَ فى حَقِّ نَفْسِه لعَجْزِها ، فالمَهْرُ له ؛ لأنَّها أُمُّ ولَدِه ، وإن كان لم يَفْسَخْ ، فالمَهْرُ بَيْنَه وبينَها نِصْفَيْن ، وإن وَطِئَها بعدَ زوالِ الكِتابَةِ فى حَقِّه ، وقبلَ الحُكْمِ بأنَّها أُمُّ وَلَدٍ للأوَّلِ ، سَقَطَ عنه نِصْفُ مَهْرِها ؛ لأنَّ نِصْفَها قِنٌّ له ، وعليه النِّصْفُ لها ، إن لم يكنِ الأوَّلُ فَسَخَ الكِتابَةَ ، أو له إن كان[1] فَسَخَ . وإن كان الأوَّلُ مُعْسِرًا ، فنَصِيبُه منها أُمُّ ولَدٍ له ، ولها عليهما المَهْران ، والحُكْمُ فيما إذا عَجَزَتْ أو أدَّتْ قد تَقَدَّمَ . فأمَّا إن كان الوَلَدُ مِن الثانى ، فالحُكْمُ فى وَطْءِ الأوَّلِ كالحُكْمِ فيه إذا وَطِئَ مُنْفَرِدًا

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .

المقنع

فَصْلٌ : وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمُكَاتَبِ . وَمُشْتَرِيهِ يَقُومُ مَقَامَ الْمُكَاتِبِ .

الشرح الكبير

و لم يُحْبِلْها . وأمَّا الثانى ، فإن كان مُوسِرًا قُوِّمَ عليه نَصِيبُ شَرِيكِه عندَ العَجْزِ ، فإن فَسَخا الكِتابَةَ قَوَّمْناها عليه ، وصارَت أمَّ وَلَدٍ له ، وإن رَضِىَ الثانى بالمُقامِ على الكِتابَةِ ، قَوَّمْنا عليه نَصِيبَ الأوَّلِ ، وصارَتْ كُلُّها أُمَّ وَلَدٍ له ، ونِصْفُها مُكاتَبٌ ، ويَرْجِعُ الأوَّلُ على الثانى بنِصْفِ المَهْرِ ونِصْفِ قِيمَةِ الولَدِ ، على إحدى الرِّوايَتَيْن . ويرجعُ الثانى على الأوَّلِ بنصْفِ المَهْرِ ، فيتَقاصَّان به ، إن كان باقِيًا عليهما ، وإن كان الثانى مُعْسِرًا ، فالحُكْمُ فيه كما لو ولَدَتْ مِن الأوَّلِ وكان مُعْسِرًا ، لا فَضْلَ بينَ المسْأَلَتَيْن .

[٦/٤٩ و] القِسمُ الثالثُ ، أمْكَنَ أن يكونَ الولدُ مِن كلٍّ واحدٍ منهما ، فيُرَى القافة معهما ، فيُلْحَقُ بمَن ألْحَقُوه به (١)منهما ، فمَن أُلْحِقَ به(١) ، فحكمُه حكمُ ما لو عَرَف أنَّه منه بغير قافةٍ .

٣٠١٣ – مسألة : (ويَجُوزُ بَيْعُ المُكاتَبِ . ومُشْتَرِيه يَقُومُ مَقامَ المُكاتِبِ) وممَّن قال بجوازِ بَيْعِ المُكاتَبِ ؛ عطاءٌ ، والنَّخَعِىُّ ، واللَّيْثُ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وهو قَدِيمُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . قال : ولا وَجْهَ لقولِ مَن قال :

الإنصاف

قوله : ويجُوزُ بَيْعُ المكاتَبِ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ المَشْهورُ المَنْصوصُ عليه . نقلَه الجماعةُ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . واخْتارَه الأصحابُ ، وقدَّمُوه . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، لا يجوزُ

(١ – ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

لا يجوزُ . وحكى أبو الخطَّاب رِوايةً أخرَى عن أحمدَ ، أنَّه لا يجوزُ بَيْعُه . وهو قولُ مالكٍ ، وأصحابِ الرَّأْيِ ، والجَديدُ مِن قَوْلَيِ الشافعيِّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَمْنَعُ اسْتِحْقاقَ كَسْبِه ، فمَنَعَ بَيْعَه ، كبَيْعِه لأجْنَبِيٍّ ، وعِتْقِه . وقال الزُّهْرِيُّ ، وأبو الزِّنادِ : يجوزُ بَيْعُه برِضاهُ ، ولا يجوزُ بغيرِه . وحُكِيَ ذلك عن أبي يوسفَ ؛ لأنَّ بَرِيرَةَ إنَّما بِيعَت بِرِضاها وطَلَبِها[1] ، ولأنَّ لسيدِه اسْتيفاءَ مَنافِعِه برِضاه ، ولا يجوزُ بغيرِ رِضاه ، كذلك بَيْعُه . ولَنا ، ما رَوَى عُرْوَةُ عن عائشةَ ، أنَّها قالت : جاءت بَرِيرَةُ إلَيَّ ، فقالت : يا عائشةُ ، إنِّي كاتَبْتُ أهْلِي على تِسْعِ أواقٍ ، في كُلِّ عامٍ أُوقِيَّةٌ ، فأعِينِينى . ولم تكُنْ قَضَتْ مِن كتابتِها شَيْئًا ، فقالت لها عائشةُ ، ونَفِسَتْ[2] فيها : ارْجِعِي إلى أهْلِكِ ، إن أحَبُّوا أن أُعْطِيَهم ذلك جميعًا فَعَلْتُ . فذَهَبَتْ بَرِيرَةُ إلى أهْلِها ، فعَرَضَتْ عليهم ذلك ، فأبَوْا ، وقالُوا : إن شاءت أن تَحْتَسِبَ عليكِ فلتَفْعَلْ ، ويكونُ ولاؤُكِ لنا . فذَكَرَتْ ذلك عائشةُ لرسولِ اللهِ ﷺ ، فقال : « لا يَمْنَعُكِ ذلِكَ مِنْهَا ، ابْتاعِي وأعْتِقِي ، إنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ » . فقام رسولُ اللهِ ﷺ في الناسِ ، فحمِدَ اللهَ وأثْنَى عليه ، ثم قال : « أمَّا بَعْدُ ، فما بَالُ نَاسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللهِ ، مَن

الإنصاف

بَيْعُه مُطْلَقًا . وعنه ، لايجوزُ بَيْعُه بأكْثَرَ مِن كِتابَتِه . حكاها ابنُ أبي مُوسى . فعلى المذهبِ ، يَقُومُ المُشْتَرِي مَقامَ البائِعِ .

(١) تقدم تخريجه في ١١/٢٣٤ ، ٢٣٥ .

(٢) في م : « نقست » . ونفست : رغبت .

الشرح الكبير

اشْتَرطَ شَرْطًا لَيْسَ فِى كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وإن كان مائةَ شَرْطٍ ، قَضاءُ اللهِ أَحَقُّ ، وشَرْطُهُ أَوْثَقُ ، وإنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عليه . قال ابنُ المُنْذِرِ : بيعَتْ بَرِيرَةُ بعِلْمِ النبىِّ ﷺ ، وهى مُكاتَبَةٌ ، لم يُنْكِرْ ذلك ، ففى ذلك أَبْيَنُ البَيانِ أنَّ بَيْعَه جائزٌ ، ولا أعْلَمُ خبرًا يُعارِضُه ، ولا أعلمُ فى شىءٍ مِن الأخْبارِ دليلًا على عَجْزِها . وتأوَّلَه الشافعىُّ على أنَّها كانت قد عَجَزَتْ ، وكان بَيْعُها فَسْخًا لكتابَتِها . وهذا التَّأْويلُ بعيدٌ يَحْتاجُ إلى دليلٍ فى غايةِ القُوَّةِ ، وليس فى الخبرِ ما يدُلُّ عليه[1] ، بل قَوْلُها : أعِينِينى على كِتابَتِى . دليلٌ على بَقائِها على الكتابةِ ، ولأنَّها أخْبَرَتْها أنَّ نجومَها فى كُلِّ[2] عامٍ أُوقِيَّةٌ ، فالعَجْزُ إنَّما يكونُ بمُضِىِّ عامَيْن عندَ مَن لا يَرَى العَجْزَ إلَّا بحُلولِ نَجْمَيْن ، أو بمُضِىِّ عامٍ عندَ الآخَرِين ، والظَّاهِرُ أنَّ شِراءَ عائشةَ لها كان فى أوَّلِ كِتابَتِها ، ولا يَصِحُّ قِياسُه على أُمِّ الوَلَدِ ؛ لأنَّ سَبَبَ حرِّيَّتِها مُسْتَقِرٌّ[2] على وَجْهٍ لا يُمْكِنُ فَسْخُه بحالٍ ، فأشْبَهَ الوَقْفَ ، والمُكاتَبُ يَجُوزُ رَدُّه إلى الرِّقِّ وفَسْخُ كِتابَتِه إذا عَجَزَ ، فافْتَرَقا . قال ابنُ

الإنصاف

فائدة : حُكْمُ هِبَتِه والوَصِيَّةِ به حُكْمُ بَيْعِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وعنه ، لا تجوزُ هِبَتُه . وتقدَّم فى كلامِ المُصَنِّفِ ، الوَصِيَّةُ بالمُكاتَبِ ، وبمالِ الكِتابَةِ ، أو بنَجْمٍ منها ، أو برَقَبَتِه ، فى بابِ المُوصَى به . فَلْيُراجَعْ .

فائدةٌ أُخْرَى : لا يجوزُ بَيْعُ مافى ذِمَّةِ المُكاتَبِ مِن نُجومِ الكِتابَةِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « استقر » .

الشرح الكبير

أبى موسى : هل للسيدِ أن يبيعَ المُكاتَبَ بأكثرَ ممَّا كاتَبَ[1] عليه ؟ على رِوايَتَيْن . ولأنَّ المُكاتَبَ عَبْدٌ مملوكٌ لسيدِه لم يتَحَتَّمْ عِتْقُه ، [٤٩/٦ ظ] فجازَ بَيْعُه ، كالمُعلَّقِ عِتْقُه بصِفَةٍ ، والدليلُ على أنَّه مَمْلوكٌ قولُ النبىِّ ﷺ : [2]« المُكاتَبُ عَبْدٌ ما بَقِىَ عليه دِرْهَمٌ »[3] . ولأنَّ مَوْلاتَه لا يَلْزَمُها أن تحْتجِبَ منه إذا لم يَمْلِكْ ما يُؤَدِّى ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ[2] : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكاتَبٌ فمَلَكَ مَا يُؤَدِّى فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »[4] . يدُلُّ بمفهومِه على أنَّها لا تَحْتَجِبُ منه قبلَ ذلك ، وإنَّما سَقَطَ الحِجابُ عنه ؛ لكَونِه مَمْلوكَها ، ولأنَّه يصِحُّ عِتْقُه ، ولا يصِحُّ عِتْقُ مَن ليس بمَمْلوكٍ ، ولأنَّه يَرْجِعُ عندَ العَجْزِ إلى كَونِه قِنًّا ، ولو صارَ حُرًّا ما عاد إلى الرِّقِّ ، ويُفارِقُ إعْتاقَه ؛ لأنَّه يُزِيلُ الرِّقَّ بالكُلِّيَّةِ ، وليس بعَقْدٍ ، إنَّما هو إسْقاطٌ للمِلْكِ فيه ، وأمَّا بَيْعُه ، فلا يُمْنَعُ المُشْتَرِى بَيْعَه ، وأمَّا البائعُ ، فلم يَبْقَ له فيه مِلْكٌ ، بخِلافِ مَسأَلَتِنا .

فصل : وتجوزُ هِبَتُه ، والوَصِيَّةُ به . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه مَنَعَ هِبَتَه ؛ لأنَّ الشَّرْعَ إنَّما وَرَدَ ببَيْعِه . والصَّحِيحُ جوازُها ؛ لأنَّ ما كان فى مَعْنَى المَنْصُوصِ عليه ثَبَتَ الحكمُ فيه .

فصل : ومُشْتَرِيه يَقُومُ فيه مَقامَ المُكاتِبِ . وجملةُ[5] ذلك ، أنَّ

الإنصاف

(١) فى م : « كان » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم تخريجه فى ٦/٣٠٠ .

(٤) تقدم تخريجه فى ١٨/٣٨٠ .

(٥) سقط من : الأصل .

المقنع [١٩٧ظ] فَإِنْ أَدَّى إِلَيْهِ عَتَقَ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ ، وَإِنْ عَجزَ عَادَ قِنًّا لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مُكَاتَبٌ ، فَلَهُ الرَّدُّ أَوِ الْأَرْشُ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ .

الشرح الكبير الكِتابَةَ لا تنْفَسِخُ فيه[1] بالبَيْعِ ، ولا يجوزُ إبْطالُها . لا نعلمُ فى هذا خِلافًا . وقال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه مِن أهلِ العلمِ على أنَّ بَيْعَ السيدِ مُكاتَبَه على أن يُبْطِلَ[2] كتابتَه ببَيْعِه ، إذا كان ماضِيًا فيها ، مؤَدِّيًا ما يجبُ عليه مِن نُجومِه فى أوْقاتِها ، غيرُ جائزٍ ؛ وذلك لأنَّها عَقْدٌ[3] لازِمٌ ، فلا يبْطُلُ بالبَيْعِ ، كالإجارَةِ والنِّكاحِ ، ويَبْقَى على كتابَتِه عندَ المُشْتَرِى وعلى نُجومِه ، كما كان عندَ البائعِ ، مُبْقًّى على ما بَقِىَ مِن كتابَتِه ، يُؤَدِّى إلى[4] المُشْتَرِى ما كان يُؤَدِّى إلى البائعِ .

٣٠١٤ – مسألة : (فإن أدَّى عَتَقَ ، ووَلاؤُه له ، وإن عَجزَ عاد قِنًّا له ، وإن لم يَعْلَمْ أنَّه مُكاتَبٌ ، فله الرَّدُّ أوِ[5] الأرْشُ) إذا أدَّى إلى المُشْتَرِى عَتَقَ ؛ لأنَّ حقَّ المُكاتِبِ فيه انْتَقَلَ إلى المُشْتَرِى ، فصار المُشْتَرِى[4] هو المُعْتِقَ ، ووَلاؤُه له ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « إنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ » . وقد دَلَّ [6]على ذلك[6] حديثُ بَرِيرَةَ ؛ لأنَّه جَعَل

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .
(٢) فى الأصل : « تبطل » .
(٣) بعده فى الأصل : « جائز » .
(٤) سقط من : الأصل .
(٥) فى النسختين : « و » .
(٦ – ٦) فى م : « عليه » .

الشرح الكبير

ولاءَها لعائشةَ حينَ اشْتَرَتْها وأعْتَقتْها . وإن عَجَزَ عاد قِنًّا له ؛ لأنَّه صار سيدَه ، فقامَ مَقامَ المُكاتِبِ ، وإن لم يَعْلَمْ أنَّه مُكاتَبٌ ، ثم عَلِمَ ذلك ، فله فَسْخُ البَيْعِ ، أو أخْذُ الأرْشِ ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ عَيْبٌ[(1)] ، لكَونِ المُشْتَرِى لايَقْدِرُ على التَّصَرُّفِ فيه ، ولا يَسْتَحِقُّ كَسْبَه ولا اسْتِخْدامَه ، ولا الوَطْءَ إن كانت أمَةً ، فمَلَكَ الفَسْخَ ، كشراءِ الأمَةِ المُزَوَّجَةِ ، فيُخَيَّرُ حِينَئذٍ بينَ الفَسْخِ والرُّجُوعِ بالثَّمَنِ ، وبينَ الإمْساكِ مع الأَرْشِ ، على ما ذَكَرْنا فى البَيْعِ .

فصل : فأمَّا بَيْعُ الدَّينِ الذى على المُكاتَبِ مِن نُجُومِه ، فلا يَصِحُّ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال عطاءٌ ، وعمرُو بنُ دينارٍ ، ومالكٌ : يَصِحُّ ؛ لأنَّ السيدَ يَمْلِكُها فى ذِمَّةِ المُكاتَبِ ، فجاز بَيْعُها ، كسائِرِ أمْوالِه . ولَنا ، أنَّه دَيْنٌ غيرُ مُسْتَقِرٍّ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كدَيْنِ السَّلَمِ ، ودليلُ عَدَمِ الاسْتِقْرارِ ، أنَّه مُعَرَّضٌ للسُّقُوطِ بِعَجْزِ المُكاتَبِ ، (2)ولأنَّه(2) لا يَمْلِكُ السيدُ إجْبارَ العبدِ على أدائِه ولا إلْزَامَه بتَحْصِيلِه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، [٦/٥٠ و] كالعِدَةِ بالتَّبرُّعِ ، ولأنَّه غيرُ مَقْبُوضٍ ، وقد نَهَى النبىُّ ﷺ عن بَيْعِ ما لم يُقْبَضْ[(3)] . فإن باعه فالبَيْعُ باطِلٌ ، وليس للمُشْتَرِى مُطالَبَةُ المُكاتَبِ بتَسْلِيمِه إليه ، وله الرُّجُوعُ بالثَّمَنِ على البائعِ

الإنصاف ....

(1) فى الأصل : « عبث » .

(2 - 2) فى الأصل : « لأنه » .

(3) تقدم تخريجه فى ١١/٥٠٦ .

الشرح الكبير

إن كان دَفَعَه إليه . وإن سلَّمَ المُكاتَبُ إلى المُشْتَرِى نُجومَه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَعْتِقُ ؛ لأنَّ البَيْعَ تَضَمَّنَ الإِذْنَ فى القَبْضِ ، فأشْبَهَ قَبْضَ الوَكِيلِ . والثانى ، لا يَعْتِقُ ؛ لأنَّه لم يَسْتَنِبْه فى القَبْضِ ، وإنَّما قَبَضَ لِنفْسِه بحُكْمِ البَيْعِ الفاسِدِ ، فكان القَبْضُ فاسِدًا ، فلم يَعْتِقْ ، بخِلافِ وَكيلِه ، فإنَّه اسْتَنابَه . ولو صَرَّحَ بالإِذْنِ لم يكُنْ مُسْتَنِيبًا له فى القَبْضِ ، وإنَّما إذْنُه فى القَبْضِ بحُكْمِ المُعاوَضَةِ ، فلا فَرْقَ بينَ التَّصْريحِ وعَدَمِه . فإن قُلْنا : يَعْتِقُ بالأداءِ . بَرِئَ المُكاتَبُ مِن مالِ الكِتابَةِ ، ويَرْجِعُ السيدُ على المُشْتَرِى بما قَبَضَه ؛ لأنَّه كالنَّائِبِ عنه ، فإن كان مِن جِنْسِ الثَّمَنِ ، وكان قد تَلِفَ ، تَقاصَّا بقَدْرِ أقلِّهما ، ورجَعَ ذو الفَضْلِ بفَضْلِه . وإن قُلْنا : لا يَعْتِقُ بذلك . فمالُ الكِتابَةِ باقٍ فى ذِمَّةِ المُكاتَبِ ، ويَرْجِعُ المُكاتَبُ على المُشْتَرِى بما دَفَعَه إليه ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى على البائِعِ . فإن سَلَّمَه المُشْتَرِى إلى البائِعِ ، لم يَصِحَّ تَسْليمُه ؛ لأنَّه قَبَضَه بغيرِ إذْنِ المُكاتَبِ ، فأشْبَهَ ما لو أخَذَه مِن مالِه بغيرِ إذْنِه . وإن كان مِن غَيْرِ جِنْسِ مالِ الكتابَةِ ، تَراجَعا بما لِكُلِّ واحدٍ منهما على الآخَرِ . وإن باعَهُ (1ما أخذَه بما لَه1) فى ذِمَّتِه ، وكان ممَّا يجوزُ البَيْعُ فيه ، جاز إذا كان ما قَبَضَه السيدُ باقِيًا ، وإن كان قد تَلِفَ ووَجَبَتْ قِيمَتُه ، وكانت(2) مِن جِنْسِ مالِ الكتابَةِ ، تَقاصَّا ، وإن كان المقبوضُ مِن جِنْسِ مالِ الكتابَةِ ، فتَحاسَبا به ، جاز .

الإنصاف ....

(1 - 1) فى الأصل : « بما أخذه من ماله » .

(2) فى م : « كان » .

المقنع

وَإِنِ اشْتَرَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُكَاتَبَيْنِ الْآخَرَ ، صَحَّ شِرَاءُ الْأَوَّلِ ، وَبَطَلَ شِرَاءُ الثَّانِى ، سَوَاءٌ كَانَا لِوَاحِدٍ أَوْ لِاثْنَيْنِ .

الشرح الكبير

فصل : وإذا كان للمُكاتَبِ وَلَدٌ يَتْبَعُه فى الكِتابَةِ ، فباعَهما ، صَحَّ ؛ لأنَّهما مِلْكُه ، ولا مانِعَ مِن بَيْعِهما ، ويكونان عندَ المُشْتَرِى كما كانا عندَ البائِعِ سَواءً . وإن باعَ أحَدَهما دُونَ صاحِبِه ، أو باعَ أحَدَهما لرجُلٍ ، وباعَ الآخَرَ لغيرِه ، لم يَصِحَّ ؛ لوَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، أنَّه لا يجوزُ التَّفْريقُ بينَ الوالِدِ ووَلَدِه فى البَيْعِ إلَّا بعدَ البُلُوغِ ؛ على إحْدَى الرِّوايَتَيْن . والثانى ، أنَّ الولدَ تابعٌ لوالِدِه ، وله كَسْبُه ، وعليه نَفَقَتُه ، فصارَ فى مَعْنَى مَمْلوكِه ، فلم يَجُزِ التَّفْريقُ بَيْنَهما . وعلى الرِّوايةِ الأُخْرَى ، يَحْتَمِلُ أن يجوزَ بَيْعُه بعدَ البُلُوغِ ؛ لأنَّه مَحَلٌّ للبَيْعِ ، صَدَرَ فيه التَّصَرُّفُ مِن أهْلِه ، ويكونُ عندَ مَن هو عندَه على ما كان عليه قبلَ بَيْعِه ، لوالِدِه كَسْبُه ، وعليه نَفَقَتُه وأَرْشُ جِنايَتِه ، ويَعْتِقُ بعِتْقِه ، كما لو بِيعَ مع والدِه .

فصل : وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ لمُكاتَبِه ؛ لأنَّه مع سيدِه فى المُعامَلَةِ كالأجْنَبِىِّ ، ولذلك جازَ دَفْعُ زَكاتِه إليه . فإن قال : ضَعُوا عن مُكاتَبِى بعضَ كِتابَتِه ، أو : بعضَ ما عليه . وَضَعُوا ما شاءُوا ، قليلًا كان أو كثيرًا . وقد ذَكَرْنا نَحْوَه فى الوَصايا[1] .

٣٠١٥ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَى كلُّ واحدٍ مِن المُكاتَبَيْن الآخَرَ ، صَحَّ شِرَاءُ الأوَّلِ ، وبَطَلَ شِرَاءُ الثانى ، وسَواءٌ كانا لواحِدٍ أو لاثْنَيْن)

الإنصاف

قوله : وإنِ اشْتَرَى كُلُّ واحِدٍ مِنَ المُكاتَبَيْن الآخَرَ ، صَحَّ شِراءُ الأَوَّلِ وبطَل

---

(١) انظر ما تقدم فى ٢٨٣/١٧ .

الشرح الكبير

لا خِلافَ فى أنَّ المُكاتَبَ [٦/٥٠ ظ] يَصِحُّ شِراؤُه للعبيدِ[1] ، والمُكاتَبُ يجوزُ بَيْعُه على ما ذَكَرْنا ، فى الصَّحِيحِ مِن المذهبِ . فإذا اشْتَرَى أحَدُهما الآخَرَ ، صَحَّ شِراؤُه ، ومَلَكَه ؛ لأنَّ التَّصَرُّفَ صَدَرَ مِن أهلِه فى مَحلِّه ، وسَواءٌ كانا مُكاتَبَيْن لسيدٍ واحِدٍ أو لاثْنَيْن . فإن عاد الثانى فاشْتَرَى الذى اشْتَراه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه سيدُه ومالِكُه ، وليس للمَمْلُوكِ أن يَمْلِكَ مالِكَه ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى تَناقُضِ الأحْكامِ ، إذْ كلُّ واحِدٍ منهما يقولُ لصاحِبِه : أنا سيدُكَ ، ولى عليك مالُ الكتابةِ تُؤَدِّيه إلَىَّ ، وإن عَجَزْتَ فلى فَسْخُ كتابَتِكَ ورَدُّكَ إلى أن تكونَ رَقِيقًا لى[2] . وهذا تناقُضٌ ، وإذا [3]تنافى أن تَمْلِكَ[3] المرأةُ زَوْجَها مِلْكَ اليَمِينِ ؛ لثُبُوتِ مِلْكِه عليها فى النِّكاحِ ، فهٰهُنا أوْلَى ، ولأنَّه لو صَحَّ هذا ، [4]لتَقاصَّ الدَّيْنانِ[4] إذا تساوَيا ، وعَتَقا جَمِيعًا . إذا ثَبَتَ هذا ، فشراءُ الأوَّلِ صحيحٌ ، والمَبِيعُ منهما باقٍ على كتابتِه ، فإن أدَّى عَتَقَ ، ووَلاؤُه مَوْقُوفٌ ، فإن أدَّى سيدُه كتابَتَه ، كان الوَلاءُ له ؛ لأنَّه عَتَقَ بأدائِه إليه ، وإن عَجَزَ ، فوَلاؤُه لسيدِه ؛ لأنَّ العبدَ لا يَثْبُتُ له ولاءٌ[2] ، ولأنَّ السيدَ يأخُذُ مالَه ، فكذلك حُقُوقُه . هذا مُقْتَضَى قولِ

الإنصاف

شِراءُ الثَّانِى ؛ سَواءٌ كانا لواحِدٍ أوِ اثْنَيْن . وهذا بلا نِزاعٍ ، على القَوْلِ بجوازِ بَيْعِ المُكاتَبِ .

---

(١) فى الأصل : « للعبد » .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) فى م : « تناقض بملك » .

(٤ - ٤) فى م : « لتقاصا الدينين » .

المقنع

وَإِنْ جُهِلَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا فَسَدَ الْبَيْعَانِ .

الشرح الكبير

القاضِى . ومُقْتَضَى قَولِ أبى بكرٍ ، أنَّ الوَلاءَ لسيدِه ؛ لأنَّ المُكاتَبَ عَبْدٌ لا يثْبُتُ له الوَلاءُ ، فيثْبُتُ لسيدِه . ذَكَرَا[1] ذلك[2] فيما إذا أعْتَقَ[3] بإذْنِ سيدِه ، أو كاتَبَ عَبْدَه فأدَّى كتابَتَه ، وهذا نَظِيرُه . ويَحْتَمِلُ أن يُفَرَّقَ بينَهما ، لكونِ العِتْقِ ثَمَّ[4] بإذْنِ السيدِ ، فيَحْصُلُ الإِنْعامُ عنه بإذْنِه فيه ، وههُنا لا يفْتَقِرُ إلى إذْنِه ، فلا نِعْمَةَ له عليه ، فلا يكونُ له عليه وَلاءٌ ، ما لم يُعَجِّزْه[5] سيدُه .

٣٠١٦ – مسألة : فإن لم يُعْلَمِ السَّابِقُ مِنْهُما (فَسَدَ البَيْعَان) وهذا قولُ أبى بكرٍ ، ويُرَدُّ كلُّ واحدٍ منهما إلى كِتابَتِه ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مَشْكوكٌ فى صِحَّةِ بَيْعِه ، فيُرَدُّ إلى اليَقينِ . وذَكَرَ القاضى أنَّه يَجْرِى مَجْرَى

الإنصاف

وقوله : وإنْ جُهِلَ الأوَّلُ منهما فَسَد البَيْعان . وهذا المذهبُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ وغيرُه . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقال القاضى : يُفْسَخانِ ، كما لو زَوَّجَ الوَلِيَّان وأشْكَلَ السَّابِقُ منهما ، أو يُقْرَعُ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » .

---

(١) فى م : « ذكر » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى الأصل : « عتق » .
(٤) فى الأصل: « تم » .
(٥) فى النسختين : « يعجز » . وانظر المغنى ١٤/٥٦٤ .

المقنع

وَإنْ أَسَرَ الْعَدُوُّ الْمُكَاتَبَ ، فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ ، فَأَحَبَّ سَيِّدُهُ ، أَخَذَهُ بِمَا اشْتَرَاهُ ، وَإلَّا فَهُوَ عِنْدَ مُشْتَرِيهِ ، مُبْقًى عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، يَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ .

الشرح الكبير

ما إذا زَوَّجَ الوَلِيَّان فأشْكَلَ الأوَّلُ منهما . فيَقْتَضِى هذا أن يُفْسَخَ البَيْعَانِ كما يُفْسَخُ النِّكاحَان . وعلى قولِ أبى بكرٍ ، لا يُحْتاجُ إلى الفَسْخِ ؛ لأنَّ النِّكاحَ إنَّما احْتِيجَ فيه(١) إلى الفَسْخِ مِن أجْلِ المرأةِ ؛ فإنَّها مَنْكُوحَةٌ نِكاحًا صحيحًا لواحدٍ منهما يَقِينًا ، فلا يَزُولُ إلَّا بفَسْخٍ ، وفى مسألتِنا لم يَثْبُتْ تَعَيُّنُ(٢) البَيْعِ فى واحدٍ بعَيْنِه ، فلم يَفْتَقِرْ إلى فَسْخٍ . واللهُ أعلمُ .

٣٠١٧ – مسألة : (وإن أسَرَ العَدُوُّ المُكاتَبَ ، فاشْتَراه رجلٌ ، فأَحَبَّ سيدُه ، أخَذَه بما اشْتَراه ، وإلَّا فهو عندَ مُشْتَرِيه ، مُبْقًى على ما بَقِيَ مِن كِتابَتِه ، يَعْتِقُ بالأداءِ ، ووَلاؤُه له) إذا أسَرَ(٣) الكُفَّارُ مُكاتَبًا ، ثم اسْتَنْقَذَه المسلمون ، فالكتابةُ بحالِها . فإن أُخِذَ فى الغَنائِم فعُلِمَ بحالِه ، أو أدْرَكَه سيدُه قبلَ قَسْمِه ، أخَذَه بغيرِ شيءٍ ، وهو على كتابتِه ، كمَن لم

الإنصاف

قوله : وإنْ أَسَرَ العَدُوُّ المُكاتَبَ ، فاشْتَراه رَجُلٌ ، فَأَحَبَّ سَيِّدُه ، أخَذَه بما اشْتَراه [٣/١٥١ظ] ، وإلَّا فهو عَبْدُ مُشْتَرِيه ، مُبْقًى على ما بَقِيَ مِن كِتابَتِه ، يَعْتِقُ بالأداءِ ، ووَلاؤُه له . قال النَّاظِمُ :

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « يقين » .

(٣) فى الأصل : « اشترى » .

الشرح الكبير

يُؤْسَرْ ، وإن لم يُدْرِكْه حتى قُسِمَ ، وصار فى سَهْمِ بعضِ الغانِمين ، أو اشْتَراه رجلٌ مِن الغَنِيمَةِ قبلَ قَسْمِه ، أو مِن المشركين ، وأخْرَجَه إلى سيدِه ، فإنَّ السيدَ أحَقُّ به بالثَّمَنِ الذى ابْتاعَه به . وفيما إذا كان غَنِيمَةً رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه إذا قُسِمَ فلا حَقَّ لسيدِه فيه بحالٍ . فيُخَرَّجُ فى المُشْتَرَى مثلُ ذلك . وعلى كلِّ تَقْدِيرٍ ، فإنَّ سيدَه إن أخَذَه ، فهو مُبْقًى [٥١/٦ و] على ما بَقِىَ مِن كتابَتِه ، وإن تَرَكَه ، فهو فى يَدِ مُشْتَرِيه ، مُبْقًى على ما بَقِىَ مِن كِتابَتِه ، يَعْتِقُ بالأداءِ فى المَوْضِعَيْن ، ووَلاؤُه لمَن يُؤَدِّى إليه ، كما لو اشْتَراه مِن سيدِه . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : لا يَثْبُتُ عليه مِلْكُ الكُفَّارِ ، ويُرَدُّ إلى سيدِه بكلِّ حالٍ . ووافَقَ أبو حنيفةَ الشافعىَّ(١) ، فى المُكاتَبِ والمُدَبَّرِ خاصَّةً ؛ لأنَّهما عندَه لا يجوزُ بَيْعُهما ولا نَقْلُ(٢) المِلْكِ فيهما ، فأشْبَها أُمَّ الوَلَدِ . وقد تَقَدَّمَ الكلامُ فى الدَّلالةِ على أنَّ(٣) ما أدْرَكَه صاحِبُه مَقْسُومًا لا يَسْتَحِقُّ صاحِبُه أخْذَه بغيرِ شىءٍ(٤) ، وكذلك ما اشْتَراه مُسْلِمٌ مِن دارِ الحَرْبِ ، وفى أنَّ المُكاتَبَ والمُدَبَّرَ يجوزُ بَيْعُهما ، بما يُغْنِى عن إعادَتِه هَهُنا .

الإنصاف

ولو قيلَ : يُعْطَى الرُّبْعَ بينهما معًا ويلْزَمُه كلُّ الفِدا لم أُبْعِدِ

هذا الحُكْمُ مَبْنِىٌّ على ثلاثِ قَواعِدَ ؛ الأُولَى ، أنَّ الكُفَّارَ يمْلِكُونَ أمْوالَ المُسْلِمين

---

(١) فى م : « والشافعى » .

(٢) فى الأصل : « يقبل » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) انظر ما تقدم فى ١٩٦/١٠ - ٢٠٠ .

الشرح الكبير

فصل : وهل يَحْتَسِبُ عليه بالمدَّةِ التى كان فيها عندَ الكُفَّارِ ؟ على وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، لا يَحْتَسِبُ عليه بها ؛ لأنَّ الكِتابَةَ اقْتَضَتْ تَمْكِينَه مِن التَّصَرُّفِ والكَسْبِ فى هذه المدَّةِ ، فإذا لم يَحْصُلْ ذلك لم يَحْتَسِبْ ، (١كما لو حَبَسَه١) سيدُه . فعلى هذا ، يَبْنِى على ما مَضَى مِن المُدَّةِ قبلَ الأَسْرِ ، وتُلْغَى مُدَّةُ الأَسْرِ ، كأنَّها لم تُوجَدْ . والثانى ، يَحْتَسِبُ عليه بها ؛ لأنَّها مِن مُدَّةِ الكِتابَةِ ، مَضَتْ (٢من غيرِ٢) تَفْرِيطٍ مِن سيدِه ، فاحْتَسَبَ عليه بها ، كمرضِه ، ولأنه مَدِينٌ مَضَتْ مُدَّةٌ مِن أجلِ دَيْنِه فى حَبْسِه ، فاحْتَسَبَ عليه ، كسائرِ الغُرَماءِ ، وفارَقَ ما إذا حَبَسَه سيدُه بما ذَكَرْناه . فعلى هذا ، إذا حلَّ عليه نَجْمٌ عندَ اسْتِنقاذِه جازَتْ مُطالَبَتُه به . وإن حَلَّ ما يجوزُ تَعْجيزُه بتَرْكِ أدائِه فلسيدِه تَعْجيزُه وردُّه إلى الرِّقِّ . وهل له(٣) ذلك بنَفْسِه أو بحُكْمِ الحاكمِ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، له ذلك ؛ لأنه تَعَذَّرَ عليه الوُصولُ إلى المالِ فى وَقْتِه ، أشْبَهَ ما لو كان حاضِرًا ، (٤يُحَقِّقُه أنَّه لو كان حاضِرًا٤)

الإنصاف

بالقَهْرِ . الثَّانيةُ ، أنَّ مَن وجَد مالَه ، مِن مُسْلِمٍ أو مُعاهَدٍ ، بيَدِ مَن اشْتَراه منهم ، فهو أحقُّ به بثَمَنِه . وهذا المذهبُ فيهما ، على ما تقدَّم مُحَرَّرًا فى باب قِسْمَةِ الغَنِيمَةِ . الثَّالثةُ ، أنَّ المُكاتَبَ يصِحُّ نقْلُ المِلْكِ فيه . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، كما تقدَّم قريبًا . إذا علِمْتَ ذلك ، فلا تَبْطُلُ الكِتابةُ بالأَسْرِ ، لكِنْ هل يُحْتَسَبُ عليه

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) فى م : « بغير » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٤) سقط من : م .

الشرح الكبير

والمالُ غائبًا يَتَعَذَّرُ إحْضارُه وأداؤُه فى مُدَّةٍ قَريبَةٍ ، كان لسيدِه الفَسْخُ ، والمالُ هٰهُنا إمَّا مَعْدُومٌ وإمَّا غائِبٌ يَتعَذَّرُ أداؤُه ، وفى كِلا الحالَيْن يجوزُ الفَسْخُ . والثانى ، ليس له ذلك إلَّا بحُكْمِ الحاكِمِ ؛ لأنَّه مع الغَيْبَةِ يحْتاجُ إلى أن يَبْحَثَ ، هل له مالٌ أم لا ، وليس كذلك إذا كان حاضِرًا ، فإنَّه يُطالبُه ، فإن أدَّى ، وإلَّا فقد عَجَّزَ نَفْسَه ، فإن فَسَخَ الكتابَةَ بنَفْسِه أو بحُكْمِ الحاكِمِ ، ثم خَلَصَ المُكاتَبُ ، وادَّعَى أنَّ له مالًا فى وَقْتِ الفَسْخِ يَفِى[1] بما عليه ، وأقامَ بذلك بَيِّنَةً ، بَطَلَ الفَسْخُ . ويَحْتَمِلُ أن لا يبْطُلَ حتى يَثْبُتَ أنَّه كان[2] يُمْكِنُه أداؤُه ؛ لأنَّه إذا كان مُتَعَذِّرَ الأداءِ ، كان وُجودُه كعَدَمِه .

الإنصاف

بالمُدَّةِ التى كان فيها مع الكُفَّارِ ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . جزَم فى « الكافِى » بالاحْتِساب . قلتُ : الأَوْلَى عدَمُ الاحْتِسابِ . ثم رأَيْتُ ابنَ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » قدَّمه . فإنْ قيلَ : لا تُحْتَسَبُ . وهو الصَّوابُ ، لغَتْ مُدَّةُ الأَسْرِ ، وبنَى على ما مضَى . وإنْ قيلَ : تُحْتَسَبُ عليه . فحَلَّ ما يجوزُ تعْجيزُه بتَرْكِ أدائِه ، فلسيِّدِه تعْجِيزُه . وهل له ذلك بنَفْسِه ، أو بحُكْمِ حاكمٍ ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و « الفائقِ »، و« الفُروعِ »، و« الزَّرْكَشِىِّ » . قلتُ : الأَوْلَى أنَّ له ذلك بنَفْسِه . قال فى « الفُروعِ » : وله الفَسْخُ بلا حُكْمٍ . وعلى كِلا الوَجْهَيْن ، متى خلَص ، فأقامَ بَيِّنَةً بوُجودِ مالٍ له وَقْتَ الفَسْخِ يَفِى بما

---

(١) فى الأصل : « بقى » .
(٢) سقط من : الأصل .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ أَجْنَبِىٍّ ، فَعَلَيْهِ فِدَاءُ نَفْسِهِ مُقَدَّمًا عَلَى الْكِتَابَةِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَتَحَاصَّانِ .

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وإن جَنَى على سيدِه ، أو أجْنَبِىٍّ ، فعليه فِداءُ نَفْسِه مُقَدَّمًا على الكِتابَةِ . وقال أبو بكرٍ : يتَحاصَّان) وجملةُ ذلك ، أنَّ المُكاتَبَ إذا جَنَى جِنايةً مُوجِبةً للمالِ[1] ، تَعَلَّقَ أَرْشُها برَقَبَتِه ، ويُؤَدِّى مِن المالِ الذى فى يَدِه . وبهذا قال الحسنُ ، والحَكَمُ ، وحمادٌ ، والأوْزَاعِىُّ ، ومالكٌ ، والحسنُ بنُ صالحٍ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال عطاءٌ ، والنَّخَعِىُّ ، وعمرُو بنُ دِينارٍ : جنايَتُه على سيدِه . وقال عَطاءٌ : [٥١/٦ ظ] ويَرْجِعُ سيدُه بها عليه . وقال الزُّهْرِىُّ : إذا قَتَل رَجُلًا خَطَأً ، كانت كِتابَتُه ووَلاؤُه لوَلِىِّ المَقْتُولِ ، إلَّا أن يَفْدِيَه سيدُه . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « لَا يَجْنِى جَانٍ إلَّا عَلَى نَفْسِه »[2] . ولأنَّها جناية عَبْدٍ ، فلم تَجِبْ فى ذِمَّةِ سيدِه ، كالقِنِّ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَبْدَأُ بأداءِ

الإنصاف

عليه ، فهل يبْطُلُ الفَسْخُ ، أمْ لابُدَّ مع ذلك مِن ثُبوتِ أنَّه كان يُمْكِنُه أداؤُه ؟ فيه قَوْلان . وأطْلَقَهما الزَّرْكَشِىُّ . قدَّم المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، البُطْلانَ .

قوله : وإنْ جنَى على سَيِّدِه ، أو أَجْنَبِىٍّ ، فعليه فِداءُ نَفْسِه – أى بقِيمَتِه – مُقَدَّمًا

---

(١) بعده فى الأصل : « عن أجنبى » .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء : دماؤكم وأموالكم عليكم حرام ، من أبواب الفتن ، وفى : باب تفسير سورة التوبة ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٩/٤ ، ١١/٢٢٨ . وابن ماجه ، فى : باب : لا يجنى أحد على أحد ، من كتاب الديات ، وفى : باب الخطبة يوم النحر ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ٢/٨٩٠ ، ١٠١٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤٤٩ ، ٤/١٤ .

الشرح الكبير

الجنايةِ قبلَ الكِتابةِ ، سَواءٌ حَلَّ عليه نَجْمٌ أو لم يَحِلَّ . نصَّ عليه أحمدُ ، وهو المَعْمُولُ به فى المذهبِ . وذكر أبو بكرٍ قولًا آخرَ ، أنَّ السيدَ يُشارِكُ ولِيَّ الجنايةِ ، فيَضْرِبُ بما حَلَّ مِن نُجُومِ كِتابتِه ؛ لأنَّهما دَيْنان ، فيَتحاصَّان ، قياسًا على سائِرِ الدُّيُونِ . ولَنا ، أنَّ أَرْشَ الجنايَةِ مِن العبدِ يُقَدَّمُ على سائِرِ الحُقُوقِ المُتَعَلِّقةِ به ، ولذلك قُدِّمَتْ على حَقِّ المالكِ وحَقِّ المُرْتَهِنِ ، وغيرِهما ، فوَجَبَ أن تُقَدَّمَ هٰهُنا . يُحَقِّقُه أنَّ (1)أَرْشَ الجنايةِ(1) مُقَدَّمٌ على مِلْكِ السيدِ فى عبدِه ، فيَجبُ تقديمُه على عِوَضِه ، وهو مالُ الكِتابَةِ ، بطريقِ الأَوْلَى ؛ لأنَّ المِلْكَ فيه قبلَ الكِتابةِ كان مُسْتَقِرًّا ، ودَيْنُ الكتابةِ غيرُ مُسْتَقِرٍّ ، فإذا قُدِّمَ على المُسْتَقِرِّ ، فعلى غيرِه أَوْلَى . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَفْدِى نَفْسَه بأقَلِّ الأمْرَيْن ؛ مِن قِيمَتِه أو أَرْشِ جنايَتِه ؛ لأنَّه إن كان أَرْشُ الجنايةِ أقَلَّ ، فلا يَلْزَمُه أكثرُ مِن مُوجَبِ جنايَتِه ، وهو أَرْشُها ، وإن كان أكثرَ ، لم يكُنْ عليه أكثرُ مِن قِيمَتِه ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه أكثرُ مِن بَذْلِ(2) المَحَلِّ الذى تَعَلَّقَ به الأَرْشُ . فإن بدأ بدَفْعِ المالِ إلى وَلِيِّ الجنايَةِ ، فوَفَّى بأَرْشِ الجنايةِ ، وإلَّا باع الحاكِمُ منه بما بقِىَ(3) مِن

الإنصاف

على الكِتابَةِ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال الشَّارِحُ : هذا المَعْمولُ به فى المذهبِ . قال المُصَنِّفُ : اتَّفَقَ أصحابُنا على ذلك . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و « المُحَرَّرِ »، و « الفُروعِ » .

(1 - 1) فى م : « ملك الكتابة » .

(2) فى الأصل : « تلك » .

(3) فى م : « يفى » .

الشرح الكبير أرْشِها ، (1)وبَطَلَ الكِتابَةُ فيما باع منه(1) ، وباقِيه باقٍ على كِتابَتِه . وإنِ اختار السيدُ الفَسْخَ فله ذلك ، ويَعُودُ عَبْدًا قِنًّا مُشْتَرَكًا بينَ السيدِ والمُشْتَرِى . وإن أبقاه السيدُ على الكِتابَةِ ، فأدَّى ، عَتَقَ بالكِتابَةِ ، وسَرَى العِتْقُ إلى باقِيه إن كان المُكاتَبُ مُوسِرًا ، ويُقَوَّمُ عليه ، وإن كان مُعْسِرًا ، عَتَقَ منه ما عَتَقَ ، وباقِيه رَقِيقٌ . فإن لم يكُنْ فى يَدِه مالٌ ، و لم يَفِ بالجِنايةِ إلَّا قِيمَتُه كلُّها ، بِيعَ كُلُّه فيها ، وبَطَلَتْ كِتابَتُه .

فصل : وإن بَدَأ بدَفْعِ المالِ إلى سيدِه ، وكان وَلِىُّ الجِنايةِ سأَلَ الحاكمَ فحَجَرَ على المُكاتَبِ ، ثَبتَ الحَجْرُ عليه ، وكان النَّظَرُ فيه إلى الحاكمِ ، فلا يَصِحُّ دَفْعُه إلى سيدِه ، ويَرْتَجِعُه الحاكمُ ، ويُسَلِّمُه إلى وَلِىِّ الجنايةِ ، فإن وَفَّى ، وإلَّا كان الحُكْمُ فيه على ما ذَكَرْنا مِن قبلُ . وإن لم يكُنِ الحاكمُ حَجَرَ عليه صَحَّ دَفْعُه إلى السيدِ ؛ لأنَّه يَقْضِى حَقًّا عليه ، فجاز ، كما لو قَضَى بعضَ غُرَمائِه قبلَ الحَجْرِ عليه . فإن كان ما دَفَعَه إليه جميعَ مالِ الكتابةِ عَتَقَ .

الإنصاف **فائدةٌ** : لو قتَلَه السَّيِّدُ ، لَزِمَه الفِداءُ ، وكذا إنْ أعْتَقَه ، ويَسْقُطُ فى الأصحِّ ، إنْ كانتِ الجِنايَةُ على سيِّدِه . قالَه فى « التَّرْغيب » ، واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وقال أبو بكرٍ : يَتَحاصَّان . فعلى هذا ، يَقْسِمُ الحاكِمُ

(1 - 1) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ عَتَقَ ، فَعَلَيْهِ فِدَاءُ نَفْسِهِ ، وَإِنْ عَجز ، فَلِسَيِّدِهِ تَعْجِيزُهُ ، إِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتْ عَلَى أَجْنَبِيٍّ، فَفَدَاهُ سَيِّدُهُ، وَإِلَّا فُسِخَتِ الْكِتَابَةُ ، وَبِيعَ فِى الْجِنَايَةِ .

الشرح الكبير

٣٠١٨ – مسألة : (وعليه فداءُ نَفْسِه) ويكونُ الأَرْشُ فى ذِمَّتِه ، فيَضْمَنُ ما كان عليه قبلَ العِتْقِ ، ويَفْدِيه بأَقَلِّ الأمْرَيْن مِن قِيمَتِه أو أَرْشِ جِنايتِه ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه أكثرُ مما كان واجبًا عليه بالجنايةِ ، فإن أعْتَقَه السيدُ ، فعليه فداؤُه بذلك ؛ لأنَّه أتْلَفَ مَحَلَّ الاسْتِحْقاقِ ، فأشْبَهَ ما لو قَتَلَه .

٣٠١٩ – مسألة : (وإن عَجَزَ ، فلسيدِه تَعْجِيزُه) ويَفْدِيه أيضًا بما ذَكَرْناه . وقال أبو بكرٍ : فيه رِوايةٌ أُخْرَى ، أنَّه يَفْدِيه بأَرْشِ الجنايةِ ، بالغةً ما بَلَغَتْ ؛ لأنَّه لو سَلَّمَه احْتَمَلَ [٦/٥٢ و] أن يَرْغَبَ فيه راغبٌ بأكثرَ مِن قِيمَتِه ، فقد فَوَّتَ تلك الزِّيادَةَ بإعْتاقِه .

الإنصاف

المالَ بينَهما على قَدْرِ حَقِّهما . وعلى المذهبِ ، لو أدَّى مُبادِرًا ، وليس مَحْجُورًا عليه ، عتَقَ ، واسْتَقَرَّ الفِداءُ ، وإنْ كان بعدَ الحَجْرِ ، لم يصِحَّ ، ووجَب رُجوعُه إلى وَلِيِّ الجِنايَةِ .

قوله : وإنْ كانَتْ على أَجْنَبِيٍّ ، ففَداه سَيِّدُه ، وإلَّا فُسِخَتِ الكِتابَةُ ، وبِيعَ فى الجِنايَةِ قِنًّا . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، ونقلَه ابنُ مَنْصُورٍ وغيرُه . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . ونقَل الأَثْرَمُ ، جِنايَتُه فى رَقَبَتِه ، يَفْدِيه إنْ شاءَ . قال أبو بَكْرٍ : وبه أقولُ .

المقنع وَإِنْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ ، فَعَلَيْه فِدَاؤُهُ ، وَالْوَاجِبُ فِى الْفِدَاءِ أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيمَتِهِ ، أَوْ أَرْشِ جِنَايَتِهِ . وَقِيلَ : يَلْزَمُهُ فِدَاؤُهُ بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ كَامِلَةً .

الشرح الكبير **فصل** : فإن كانتِ الجِنايةُ على سيدِه فيما دُونَ النَّفْسِ ، فالسيدُ خَصْمُه فيها ، فإن كانتْ مُوجِبَةً للقِصاصِ ، فلسيدِه القِصاصُ ، كما يَجِبُ على عبدِه القِنِّ ؛ لأنَّ القِصاصَ يَجِبُ للزَّجْرِ ، فيَحْتاجُ إليه العبدُ فى حَقِّ سيدِه ، وإن عَفا على مالٍ ، أو كانت مُوجِبَةً للمالِ ، وَجَبَ له ؛ لأنَّ المُكاتَبَ مع سيدِه كالأَجْنَبِيِّ ، يَصِحُّ أنْ يُبايِعَه ، ويَثْبُتُ له فى ذِمَّتِه المالُ والْحُقُوقُ ، كذلك الجِنايةُ ، ويَفْدِى نَفْسَه بأقَلِّ الأمْرَيْن ، كالجِنايَةِ على الأَجْنَبِيِّ . وعنه ، يَفْدِيه بأَرْشِ الجِنايةِ كلِّه . فإن وَفَى ما فى يَدِه بما عليه فلسيدِه مُطالَبَتُه به (١وأَخْذُه١) ، وإن لم يَفِ به (فلسيدِه تَعْجِيزُه) فإذا عَجَّزَه وفَسَخَ الكِتابةَ سَقَطَ عنه مالُ الكِتابةِ وأَرْشُ الجِنايةِ ، وعاد عَبدًا قِنًّا ، ولا يَثْبُتُ للسيدِ على عبدِه القِنِّ مالٌ . وإن أعْتَقَه سيدُه ولا مالَ فى يَدِه سَقَطَ الأَرْشُ ؛ لأنَّه مُتَعَلِّقٌ برَقَبَتِه ، وقد أتْلَفَها . وإن كان فى يَدِه مالٌ لم يسْقُطْ ؛ لأنَّ الحَقَّ كان مُتَعَلِّقًا بالذِّمَّةِ وما فى يَدِه مِن المالِ ، فإذا تَلِفَتِ الرَّقَبَةُ بَقِىَ الحَقُّ مُتَعَلِّقًا بالمالِ ، فاسْتُوفِىَ منه ، كما لو عَتَقَ بالأداءِ . وهل يَجِبُ (أقَلُّ الأمْرَيْن) أو (أَرْشُ الجِناية) كلُّه ؟ على وَجْهَيْن .

الإنصاف قوله : والواجِبُ فى الفِداءِ أَقَلُّ الأمْرَيْن ؛ مِن قِيمَتِه ، أَو أَرْشِ جِنايَتِه . هذا

(١ - ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

ويَسْتَحِقُّ السيدُ مُطالَبَته بأرْشِ الجنايةِ قبلَ أداءِ مالِ الكِتابةِ ؛ لمَا ذكَرْنا مِن قبلُ فى حَقِّ الأجْنبىِّ. وإنِ اختار تأْخِيرَ الأرْشِ والبداية بِقَبْضِ مالِ الكتابةِ جازَ . ويَعْتِقُ إذا قَبَضَ مالَ الكتابةِ (١كلَّه . وقال أبو بكرٍ : لا يَعْتِقُ بالأداءِ قبلَ أرْشِ الجنايةِ ؛ لوُجُوبِ تَقْدِيمه على مالِ الكِتابة١) .
ولَنا ، أنَّ الحَقَّيْن جميعًا للسيدِ ، فإذا تراضَيا على تَقْدِيمِ أحَدِهما على الآخَرِ جاز ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما لا يَخرجُ عنهما ، ولأنَّه لو بَدَأ بأداءِ مالِ الكِتابةِ فى حَقِّ الأجْنبىِّ عتَقَ ، ففى حَقِّ السيدِ أوْلَى ، ولأنَّ أرْشَ الجنايةِ لا يَلْزَمُ أداؤُه قبلَ انْدِمالِ الجُرْحِ ، فيُمْكِنُ تَقْديمُ وُجُوبِ الأداءِ عليه . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّه إذا أدَّى عَتَقَ ، ويَلْزَمُه أَرْشُ الجنايةِ ، سَواءٌ كان فى يَدِه مالٌ أو لم يَكُنْ ؛ لأنَّ عِتْقَه بسَبَبٍ مِن جِهَتِه ، فلم يَسْقُطْ ما عليه ، بخِلافِ ما إذا أعْتَقَه سيدُه ، فإنَّه أتْلَفَ مَحَلَّ(٢) حَقِّه ، بخِلافِ هذا . وهل يَلْزَمُه أقَلُّ الأمْرَيْن ، أو جَميعُ الأرْشِ ؟ على وَجْهَيْن . وإن كانت جِنايَتُه على نَفْسِ سيدِه ، فلِوَرَثَته القِصاصُ فى العَمْدِ ، والعَفْوُ على مالٍ . وفى الخطأ ، المالُ . وحُكْمُ الوَرَثَةِ مع المُكاتَبِ حكمُ سيدِه معه ؛ لأنَّ الكتابةَ انْتَقَلَتْ إليهم ، والعَبْدُ لو عاد قِنًّا كان لهم . وإن جَنَى على مَوْرُوثِ سيدِه ، فوَرِثَه سيدُه ، فالحكمُ فيه كما لو كانتِ الجِنايةُ على سيدِه فيما دُونَ النَّفْسِ ، على مَا مَضَى .

الإنصاف

المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و « المُحَرَّرِ »، و « الفُروعِ »، و « الفائقِ » ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .
(٢) فى الأصل : « محمل » .

الشرح الكبير

فصل : فإن جَنَى المُكاتَبُ جناياتٍ تَعَلَّقَتْ برَقَبَتِه[1] ، واسْتَوَى الأوَّلُ والآخِرُ فى الاسْتِيفاءِ ، ولم يُقدَّمِ الأوَّلُ على الثانى إن كانت مُوجِبَةً للمالِ ؛ لأنَّها تَعَلَّقَتْ بمَحَلٍّ واحدٍ ، وكذا إن كان بعضُها فى حالِ كِتابَتِه وبعضُها بعدَ تَعْجيزِه ، فهى سَواءٌ ، ويتَعَلَّقُ جَمِيعُها بالرَّقَبَةِ ، فإن كان فيها ما يُوجِبُ القِصاصَ ، فلِوَلِىِّ الجِنايةِ اسْتِيفاؤُه ، وتَبْطُلُ حقوقُ الآخَرِين . فإن عَفَا إلى مالٍ ، [٦/٥٢ ظ] صارَ حُكْمُه حُكْمَ الجنايةِ المُوجِبَةِ للمالِ . فإن أبرأه بَعْضُهم اسْتَوْفَى الباقون ؛ لأنَّ حَقَّ كلٍّ واحدٍ منهم[2] يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه ، يَسْتَوفِيه إذا انْفَرَدَ ، فإذا اجْتَمَعُوا تزاحَمُوا[3] ، فإذا أبرأه بعضُهم سَقَطَ حَقُّه وتَزاحَمَ الباقُونَ ، كما لو انْفَرَدُوا ، كما فى الوَصَايا ودُيُونِ المَيِّتِ . فإن أدَّى وعَتَقَ فالضَّمانُ عليه ، وإن أعْتَقَه سيدُه فعليه الضَّمانُ ، وأيُّهما ضَمِنَ فالواجِبُ عليه أَقَلُّ الأمْرَين ، كما ذَكَرْنا فى الجِنايةِ الواحدةِ ، ولأنَّه لو عَجَّزَه الغُرَماءُ وعاد قِنًّا بِيعَ وتحاصُّوا فى ثَمَنِه ، كذلك هٰهُنا . فأمَّا إن عَجَّزَه سيدُه وعادَ قِنًّا ، خُيِّرَ بينَ فِدَائِه وتَسْلِيمِه ، فإن اختارَ فِداءَه فدَاه بأقَلِّ الأمْرَيْن ، كما لو أعْتَقَه أو قتَلَه . وفيه رِوايةٌ أخْرَى ، أنَّه يَلْزَمُه أَرْشُ

الإنصاف

وغيرِهم . وقيل : يلْزَمُه فِداؤُه بأَرْشِ الجنايَةِ كُلِّه كامِلَةً . وهو رِوايَةٌ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . وعنه ، يلْزَمُه فِداؤُه بالأَرْشِ كامِلًا ، إنْ كانتِ الجِنايةُ على أجْنَبِىٍّ .

---

(١) فى م : « برد رقبته » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل : « تراجعوا » .

المقنع

وَإِنْ لَزِمَتْهُ دُيُونٌ [١٩٨و] تَعَلَّقَتْ بِذِمَّتِهِ ، يُتْبَعُ بِهَا بَعْدَ الْعِتْقِ .

الشرح الكبير

الجنايةِ كُلِّه ؛ لأنَّه لو سَلَّمَه احْتَمَلَ أن يَرْغَبَ فيه راغِبٌ بأكْثَرَ مِن قِيمَتِه ، فقد فَوَّتَ تلك الزِّيادَةَ باخْتِيارِه إمْساكَه ، فكان عليه جَمِيعُ الأرْشِ . ويُفارِقُ ما إذا أعْتَقَه أو قتَلَه ؛ لأنَّ المَحَلَّ تَلِفَ فتَعَذَّرَ تَسْلِيمُه ، فلم يَجِبْ أكثرُ مِن قِيمَتِه ، والمَحَلُّ ههُنا باقٍ يُمْكِنُ تَسْلِيمُه وبَيْعُه ، وقد ذَكَرْناه . وإن أراد المُكاتَبُ فِداءَ نَفْسِه قبلَ تَعْجِيزِه أو عِتْقِه[1] ، ففيما تُفْدَى به نَفْسُه وَجْهان ، بِناءً على ما إذا عَجَّزَه سيدُه . واللهُ أعلمُ .

٣٠٢٠ – مسألة : (وإن لَزِمَتْه دُيُونٌ تَعَلَّقَتْ بذِمَّتِه ، يُتْبَعُ بها بعدَ العِتْقِ) إذا اجْتَمَعَ على المُكاتَبِ ثَمَنُ مَبِيعٍ ، أو عِوَضُ قَرْضٍ ، أو غيرُهما مِن الدُّيُونِ مع مالِ الكِتابةِ ، وفى يَدِه ما يَفِى بها ، فله أداؤُها ، ويَبْدَأُ بأيِّها شاء ، كالحُرِّ . وإن لم يَفِ بها ما فى يَدِه ، وكُلُّها حالَّةٌ ، ولم يَحْجُرِ الحاكِمُ

الإنصاف

قوله : وإنْ لَزِمَتْه دُيُونٌ تَعَلَّقَتْ بذِمَّتِه ، يُتْبَعُ بها بعدَ العِتْقِ . ولا يَمْلِكُ غريمُه تعْجِيزَه . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . بخِلافِ المأْذُونِ له . وعنه ، تتَعلَّقُ برَقَبَتِه . اخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى . ذكَرَه عنه فى « المُسْتَوْعِبِ » . وعنه ، تتَعَلَّقُ بذِمَّتِه ورَقَبَتِه معًا . قال فى « المُحَرَّرِ » : وهو أصحُّ عندِى .

---

(١) فى م : « أعتقه » .

الشرح الكبير

عليه ، فخَصَّ بعضَهم بالقَضاءِ ، صَحَّ ، كالحُرِّ . وإن كان فيها مُؤَجَّلٌ ، فعَجَّلَه بغيرِ إذْنِ سيدِه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ تَعْجِيلَه تبرُّعٌ ، فلم يَجُزْ بغيرِ إذْنِ سيدِه ، كالهِبَةِ . وإن كان بإذْنِ سيدِه جاز ، كالهِبَةِ . وإن كان التَّعْجِيلُ للسيدِ ، فقَبُولُه بمَنْزِلَةِ إذْنِه ، وإن كان الحاكِمُ قد حَجَرَ عليه بسُؤالِ غُرَمائِه ، فالنَّظَرُ إلى الحاكِمِ ، وإنَّما يَحْجُرُ عليه بسُؤَالِهم . فإن حَجَرَ عليه بغيرِ سُؤَالِهم لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم ، فلا يُسْتَوْفَى بغيرِ إذْنِهم . وإن سأله سيدُه الحَجْرَ عليه لم يُجِبْه إلى ذلك ؛ لأنَّ حَقَّه غيرُ مُسْتَقِرٍّ ، فلا يَحْجُرُ عليه مِن أجْلِه . وإذا حَجَرَ عليه بسُؤَالِ الغُرَماءِ ، فقال القاضى : عِندى أنَّه يَبْدأُ بقَضاءِ ثَمنِ المَبِيعِ وعِوَضِ القَرْضِ ، يُسَوِّى بينَهما ، ويقَدِّمُهما على أرْشِ الجِنايةِ ومالِ الكِتابةِ ؛ لأنَّ أَرْشَ الجنايَةِ مَحلُّه الرَّقَبَةُ ، فإذا لم يَحْصُلْ ممَّا فى يَدِه اسْتُوْفِىَ مِن رَقَبَتِه . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وقد ذَكَرْنا أنَّ أصحابَنا والشافعىَّ اتَّفَقُوا على تَقْدِيمِ أَرْشِ الجِنايةِ على مالِ الكِتابةِ ، فيما مَضَى . وإذا لم يَحْجُرْ عليه ، (1)ودَفَعَ(1) إلى السيدِ مالَ الكِتابةِ ، عَتَقَ ، وبَقِيَّةُ الدُّيُونِ فى ذِمَّتِه ، يُتْبَعُ بها بعدَ العِتْقِ ؛ لأنَّه صار حُرًّا ، فهو كالأحْرارِ ، ولأنَّ المُدايِنَ رَضِىَ بذِمَّتِه حينَ أدائِه ، فكان له ما رَضِىَ به ، كالحُرِّ .

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال المُصَنِّفُ ، وتَبِعَه الشَّارِحُ : إذا كان عليه دُيونٌ مع دَيْنِ الكِتابةِ ، ومعه مالٌ يَفِى بذلك ، فله أنْ يَبْدَأَ بما شاءَ ، وإنْ لم يَفِ بها ما معه ،

(1 – 1) فى الأصل : « دفع » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا جَنَى بَعضُ عَبيدِ المُكاتَبِ جِنايةً تُوجِبُ القِصاصَ ، فللمَجْنِيِّ عليه الخِيارُ بينَ القِصاصِ والمالِ ، [٦/٥٣ و] فإنِ اختار المالَ ، و(١) كانتِ الجنايةُ خطأً أو شِبْهَ عَمْدٍ أو إتْلافَ مالٍ ، تَعَلَّقَ أرْشُها برَقَبَتِه ، وللمُكاتَبِ فداؤُه بأقَلِّ الأمْرَين ؛ مِن قِيمَتِه أو أرْشِ جنايتِه ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ شِرائِه ، وليس له فِداؤُه بأكثرَ مِن قِيمَتِه ، كما لا يجوزُ له أن يشْتَرِيَه بذلك إلَّا أن يأْذَنَ فيه سيدُه ، فإن كان الأَرْشُ أقَلَّ مِن قِيمَتِه لم يكُنْ له تَسْلِيمُه ؛ لأنَّه تبَرُّعٌ بالزَّائِدِ . وإن زادَ الأَرْشُ على قِيمَتِه ، فهل يَلْزَمُه تَسْلِيمُه أو يَفْدِيه بأقَلِّ الأمْرَين ؟ على رِوايَتَيْن .

الإنصاف

وكُلُّها حالَّةٌ ، ولم يحْجُرِ الحاكِمُ عليه ، فخَصَّ بعضَهم بالقَضاءِ ، صحَّ . وإنْ كان بعضُها مؤَجَّلًا ، فعجَّلَه بإذْنِ سيِّدِه ، جازَ ، وإلَّا فلا ، وإنْ كان التَّعْجيلُ للسَّيِّدِ ، فقَبُولُه بمَنْزِلَةِ إذْنِه . وإنْ حُجِرَ عليه بسُؤالِ الغُرَماءِ ، فقال القاضى : عِندِى أنَّه يَبْدَأُ بقَضاءِ ثَمَنِ المَبِيعِ وعِوَضِ القَرْضِ ، ويُسَوِّى بينَهما ، ويُقَدِّمُهما على أَرْشِ الجِنايةِ [٣/١٥١و] ومالِ الكِتابَةِ . وقال الشَّارِحُ : وقد اتَّفَقَ الأصحابُ على تقْديمِ أَرْشِ الجِنايةِ على مالِ الكِتابَةِ . وبنَى ذلك فى « الفُروعِ » ، وغيرُه مِنَ الأصحابِ ، على الرِّوايتَيْن فى أصْلِ المَسْأَلَةِ ، فقال بانِيًا على الرِّوايةِ الأُولَى : تُقَدَّمُ دُيونُ مَحْجُورٍ عليه لعدَمِ تعَلُّقِها برَقَبَتِه ، فلِهذا إنْ لم يكُنْ بيَدِه مالٌ ، فليس لغَرِيمِه تعْجيزُه ، بخِلافِ الأَرْشِ ودَيْنِ الكِتابةِ . وعنه ، يتَعَلَّقُ برَقَبَتِه ، فتتَساوَى الأقْدامُ ، ويمْلِكُ تعْجيزَه ، ويشْتَرِكُ ربُّ الدَّيْنِ والأَرْشِ بعدَ مَوْتِه ؛ لفَوْتِ الرَّقَبَةِ . وقيل : يُقَدَّمُ دَيْنُ

---

(١) فى م : « أو » .

الشرح الكبير

فصل : فإن مَلَكَ المُكاتَبُ ابنَه أو بعضَ ذَوِى رَحِمِه المَحْرَمِ ، أو وُلِدَ له ولَدٌ مِن أمَتِه ، فجَنَى جِنايَةً تَعَلَّقَ أَرْشُها برَقَبَتِه ، (1فللمُكاتَبِ فِداؤُه1) بغيرِ إذْنِ سيدِه ، كما يَفْدِى غيرَه مِن عَبيدِه . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : ليس له فِداؤُه بغير إذْنِه . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه إتْلافٌ (2لمالِه ، فإنَّ2) ذَوِى رَحِمِه ليسوا بمالٍ له ، ولا يَتَصَرَّفُ فيهم ، فلم يَجُزْ له إخْراجُ مالِه فى مُقابَلَتِهم ، ولا شِراؤُهم ، كالتَّبَرُّعِ ، ويُفارِقُ العَبدُ الأَجْنَبىَّ ؛ فإنَّه يَنْتَفِعُ به ، وله صَرْفُه فى كِتابَتِه ، فكان له فِداؤُه وشِراؤُه ، كسائِرِ أموالِه ، ولكن إن كان لهذا الجانى كَسْبٌ فُدِىَ منه ، وإن لم يكُنْ له كَسْبٌ بِيعَ فى الجِنايَةِ إنِ اسْتَغْرَقَتْ قِيمَتَه ، وإن لم تَسْتَغْرِقْها بِيعَ بَعْضُه فيها ، وما بَقِىَ للمُكاتَبِ . ولَنا ، أنَّه عَبدٌ له جَنَى(3) ، فمَلَكَ فِداءَه ، كسائِرِ عَبيدِه ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه لا يَمْلِكُ شِراءَه . وقولُهم : لا يَتَصَرَّفُ فيه .

الإنصاف

المُعامَلَةِ . ثم قال : ولغيرِ المَحْجُورِ تقْديمُ أىِّ دَيْنٍ شاءَ . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ وجماعةٌ ، أنَّه بعدَ مَوْتِه ؛ هل يُقَدَّمُ دَيْنُ الأَجْنَبِىِّ على السَّيِّدِ ، كحالَةِ الحياةِ ، أمْ يَتحاصَّان ؟ فيه رِوايَتان . وهل يضْرِبُ سيِّدُه بدَيْنِ مُعامَلَةٍ مع غَرِيمِه ؟ فيه وَجْهان . الثَّانيةُ ، لا يُجْبَرُ المُكاتَبُ على الكَسْبِ لوَفاءِ دَيْنِه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والثَّلاثِين بعدَ المِائةِ » : هذا المذهبُ المَشْهورُ ؛ لأنَّه دَيْنٌ ضعيفٌ ، وخرَّجَ ابنُ عَقِيلٍ وَجْهًا بالوُجوبِ ، كسائرِ الدُّيونِ .

(1 – 1) فى الأصل : « وللمكاتب فداه فداه » .

(2 – 2) فى الأصل : « لمال كان » .

(3) فى م : « حى » .

الشرح الكبير

قُلْنا : إلَّا أنَّ كَسْبَه له ، فإن عَجزَ المُكاتَبُ صار رَقِيقًا معه لسيدِه ، وإن أدَّى المُكاتَبُ لم يتضَرَّرِ السيدُ بعِتْقِهم ، وانْتَفَعَ به المُكاتَبُ ، وإذا دار أمْرُه بينَ نَفْعٍ وانْتِفاءِ ضَرَرٍ ، وجَبَ أن لا يُمْنَعَ منه . وفارَقَ التَّبرُّعَ ؛ فإنه يُفوِّتُ المالَ على السيدِ . فإن قيل : فيه ضَرَرٌ ، وهو مَنْعُه مِن أداءِ الكِتابةِ ، فإنَّه إذا صَرَفَ المالَ فيه ، ولم يَقْدِرْ على صَرْفِه فى الكِتابةِ ، عَجزَ عنها . قُلْنا : هذا الضَّرَرُ لا يُمْنَعُ المُكاتَبُ منه ؛ بدليلِ ما لو تَرَكَ الكَسْبَ مع إمْكانِه ، أو امْتَنَعَ مِن الأداءِ مع قُدْرَتِه عليه ، فإنَّه لا يُمْنَعُ منه ولا يُجْبَرُ على كَسْبٍ ولا أداءٍ ، فكذلك لا يُمْنَعُ ممَّا هو فى مَعْناه ولا ممَّا يُفْضِى إليه ، ولأنَّ غايةَ الضَّرَرِ فى هذا المَنْعُ مِن إتْمامِ الكِتابةِ ، وليس إتْمامُها واجبًا عليه ، فأشْبَهَ تَرْكَ الكَسْبِ ، بل هذا أوْلَى ؛ لوَجْهَيْن : أحدُهما ، أنَّ هذا فيه نَفْعٌ للسيدِ ؛ لمَصِيرِهم عَبِيدًا له . والثانى ، أنَّ فيه نَفْعًا للمُكاتَبِ بإعْتاقِ ولَدِه وذَوِى رَحِمِه ، ونَفْعًا لهم بالإعْتاقِ على تَقْديرِ الأداءِ ، فإذا لم يُمْنَعْ ممَّا يُساوِيه فى المَضَرَّةِ مِن غيرِ نَفْعٍ فيه ، فلأنْ لا يُمْنَع ممَّا فيه نَفْعٌ لازمٌ لإحْدَى الجِهَتين أوْلَى . ووَلَدُ المُكاتَبَةِ يَدْخُلُ فى كِتابَتِها ، والحكمُ فى جِنايَتِه كالحُكْمِ فى ولَدِ المُكاتَبِ سَواءٌ .

فصل : وإن جَنَى بعضُ عَبِيدِ المُكاتَبِ على بعضٍ جنايةً مُوجَبُها المالُ ، لم يَثْبُتْ لها حكمٌ ؛ لأنَّه لا يَجِبُ للسيدِ على عبدِه مالٌ . وإن كان مُوجَبُها القِصاصَ ، فقال أبو بكرٍ : ليس له القِصاصُ ؛ لأنه إتْلافٌ لمالِه باخْتِيارِه . وهذا الذى ذَكَرَهُ شَيْخُنا فى الكِتابِ المَشْرُوحِ ، وذَكَرَه [٦/٥٣ ظ] أبو

الشرح الكبير

الخَطَّابِ فى « رُءُوسِ المسائِلِ » . وقال القاضى : له القِصاصُ ؛ لأنَّه مِن مَصْلَحَةِ مِلْكِه ، فإنَّه لو لم يَقْتَصَّ أفْضَى إلى إقْدامِ بَعْضِهم على بعضٍ . وليس له العَفْوُ على مالٍ ؛ لِما ذَكَرْنا . ولا يجوزُ بَيْعُه فى أرْشِ الجنايَةِ ؛ لأنَّ الأرْشَ لا يَثْبُتُ له فى رَقَبَةِ عبدِه . فإن كان الجانِى مِن عَبِيدِه ابنَه ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لذلك . وقال أصحابُ الشافعىِّ : يجوزُ بَيْعُه . فى أحدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ بَيْعَه قبلَ جنايتِه ، فيَسْتَفِيدُ بالجنايةِ مِلْكَ بَيْعِه . ولَنا ، أنَّه عبدُه ، فلم يَجِبْ له عليه أرْشٌ ، كالأجْنَبِىِّ ، وما ذَكَرُوه يَنْتَقِضُ بالرَّهْنِ إذا جَنَى على رَاهِنِه .

فصل : فإن جَنَى عبدُ المُكاتَبِ عليه جِنايةً مُوجَبُها المالُ ، كانت هَدْرًا ؛ لِما ذَكَرْنا ، وإن كان مُوجَبُها القِصاصَ[(١)] ، فله أنْ يَقْتَصَّ فيما دُونَ النَّفْسِ ؛ لأنَّ العَبْدَ يُقْتَصُّ منه لسيدِه ، وإن عَفا على مالٍ ، سَقَط القِصاصُ ولم يَجِبِ المالُ . فإن كان الجانى أباه ، لم يُقْتَصَّ منه ؛ لأنَّ الوالِدَ لا يُقْتَلُ بوَلَدِه . وإن جَنَى المُكاتَبُ عليه ، لم يُقْتَصَّ منه ؛ لأنَّ السيدَ لا يُقْتَصُّ منه لعَبْدِه . وقال القاضى : فيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يُقْتَصُّ منه ؛ لأنَّ حُكْمَ الأبِ معه حُكْمُ الأحرارِ ، بدَلِيلِ أنَّه لا يَمْلِكُ بَيْعَه والتَّصرُّفَ فيه ، وجُعِلَتْ حُرِّيَّتُه مَوْقوفةً على حُرِّيتِه . قال القاضى[(٢)] : ولا نَعْلَمُ مَوْضِعًا يَقْتَصُّ فيه المَمْلوكُ مِن مالِكِه غيرَ هذا المَوْضِعِ .

الإنصاف ....

(١) بعده فى الأصل : « ولم يجب » .

(٢) زيادة من : م .

الشرح الكبير

فصل : وإن جُنِىَ على المُكاتَبِ فيما دُونَ النَّفْسِ ، فأرْشُ الجنايةِ له دُونَ سيدِه ؛ لثَلاثَةِ مَعانٍ ؛ أحَدُها ، أنَّ كَسْبَه له ، وذلك عِوَضٌ عمَّا يَتَعطَّلُ بقَطْعِ يَدِه مِن كَسْبِه . والثانى ، أنَّ المُكاتَبَةَ تَسْتَحِقُّ المَهْرَ فى النِّكاحِ ؛ لتَعلُّقِه بعُضْوٍ مِن أعضائِها ، كذلك بَدَلُ العُضْوِ . الثالثُ ، أنَّ السيدَ أخَذَ مالَ الكِتابةِ بَدَلًا عن نَفْسِ المُكاتَبِ ، فلا يجوزُ أن يَسْتَحِقَّ عنه عِوَضًا آخرَ .

ثم لا يَخْلُو مِن ثلاثَةِ أحْوالٍ : أحدُها ، أن يكونَ الجانِى سيدَه ، فلا قِصاصَ عليه لأمْرَيْن ؛ أحدُهما ، أنَّه حُرٌّ والمُكاتَبُ عَبْدٌ . والثانى ، أنَّه مالِكُه(١) ، ولا يُقْتَصُّ مِن المالِكِ لمَمْلُوكِه ، ولكن يَجِبُ الأَرْشُ إذا انْدَمَلَ الجُرْحُ ، على ما يُذْكَرُ فى الجِناياتِ . ولأنَّه قبلَ الانْدِمالِ لا تُؤْمَنُ سِرايَتُه إلى نَفْسِه ، فيَسْقُطُ أَرْشُه . فإذا ثَبَتَ هذا ، فسَرَى الجُرْحُ إلى نَفْسِه ، انْفَسَخَتِ الكِتابةُ ، وكان الحُكْمُ فيه كما لو قتَلَه ، وإنِ انْدَمَلَ الجُرْحُ وجَبَ له أرْشُه على سيدِه ، ويَتقاصَّان إن كان مِن جِنْسِ مالِ الكِتابةِ وقد حَلَّ عليه نَجْمٌ ، وإن كان مِن غيرِ جِنْسِ مالِ الكِتابةِ أو لم يَحِلَّ عليه نَجْمٌ ، لم يتقاصَّا ، ويُطالِبُ كلُّ واحدٍ منهما بما يَسْتَحِقُّه ، فإنِ اتَّفقا على أنْ يُجْعَلَ أحَدُهما عِوَضًا عن الآخرِ ، وكانا مِن جِنْسَيْن ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه بَيْعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ ، فإن قَبضَ أحَدُهما حَقَّه ، ثم دَفَعَه إلى الآخرِ عِوَضًا عن حَقِّه ، جاز . وإن رَضِىَ المُكاتَبُ بتَعْجيلِ الواجِبِ له عما لم يَحِلَّ مِن نُجُومِه ، جاز ،

الإنصاف ....

(١) فى م : « ملكه » .

الشرح الكبير

إذا كان مِن جِنْسِ مالِ الكِتابةِ .

الحالُ الثانيةُ ، إذا كان الجانِى أجْنَبِيًّا حُرًّا ، فلا قِصاصَ ؛ (١لأنَّ الحُرَّ١) لا يُقْتَلُ بالعبدِ ، فإن سَرَى الجُرْحُ إلى نَفْسِه انفَسَخَتْ كِتابَتُه ، وعلى الجانى قِيمَتُه لسيدِه ، وإنِ [٦/٥٤ و] اندَمَلَ الجُرْحُ فعليه أرْشُه له ، فإن أدَّى الكِتابَةَ وعَتَقَ ، ثم سَرَى الجُرْحُ إلى نَفْسِه ، وجَبَتْ دِيَتُه ؛ لأنَّ اعْتِبارَ الضَّمانِ بحالةِ الاسْتِقْرارِ ، ويكونُ ذلك لوَرَثَتِه . فإن كان الجانى السيدَ أو غيرَه مِن الوَرَثَةِ ، لم يَرِثْ منه شيئًا ؛ لأنَّ القاتِلَ لا يَرِثُ ، ويكونُ لبيتِ المالِ إن لم يكُنْ له وارِثٌ . ومَن اعْتَبَرَ الجِنايَةَ بحالةِ ابْتِدائِها ، أوْجَبَ على الجانِى قِيمَتَه ، ويكونُ أيضًا لوَرَثَتِه .

الحالُ الثالثُ ، إذا كان الجانِى عَبْدًا أو مُكاتَبًا ، فإن كان مُوجَبُ الجِنايةِ القِصاصَ ، وكانت على النَّفْسِ ، انْفَسَخَتِ الكِتابَةُ ، وسَيدُه بالخِيارِ بينَ القِصاصِ والعَفْوِ على مالٍ يَتَعَلَّقُ برَقَبَةِ الجانِى . وإن كانت فيما دُونَ النَّفْسِ ، كقَطْعِ يَدِه ، فللمُكاتَبِ اسْتيفاءُ القِصاصِ ، وليس لسيدِه مَنْعُه ، كما أنَّ المريضَ يَقْتَصُّ[٢] ولا يَعْتَرِضُ عليه وَرَثَتُه ، والمُفْلِسَ يَقْتَصُّ[٢] ولا يَعْتَرِضُ عليه غُرَماؤُه . وإنْ عَفا على مالٍ ، ثَبَتَ له ، وإن عَفا مُطْلَقًا (١أو إلى غيرِ مالٍ١) ، انبَنَى على الرِّوايَتَيْن فى مُوجَبِ العَمْدِ ؛ إن قُلْنا : مُوجَبُه القِصاصُ عَيْنًا . صَحَّ ، ولم يَثْبُتْ له مالٌ ، وليس لسيدِه

الإنصاف ....

(١ - ١) سقط من : م .
(٢) فى الأصل : « يقبض » .

الشرح الكبير

مُطالَبَتُه باشْتِراطِ مالٍ ؛ لأنَّ ذلك تكَسُّبٌ ، ولا يَمْلِكُ السيدُ[1] إجْبارَه على الكَسْبِ . وإن قُلْنا : الواجِبُ أحَدُ أمْرَيْن . ثَبَتَ له دِيَةُ الجُرْحِ ؛ لأنَّه لمَّا سَقَطَ[2] القِصاصُ ، تعَيَّنَ[3] المالُ ، ولا يَصِحُّ عَفْوُه عن المالِ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ بغيرِ إذْنِ سيدِه . وإن صالَحَ على بعضِ الأَرْشِ ، فحكمُه حكمُ العَفْوِ إلى غيرِ مالٍ .

فصل : وإذا مات المُكاتَبُ وعليه دُيُونٌ وأُرُوشُ جِناياتٍ ، و لم يكُنْ مَلَكَ ما يُؤَدِّى فى كتابَتِه ، انْفَسَخَتِ الكِتابَةُ ، وسَقَطَ أرْشُ الجنايات ؛ لأنَّها مُتعلِّقَةٌ برَقَبَتِه وقد تَلِفَت ، وتُسْتَوْفَى دُيُونُه ممَّا كان فى يَدِه ، فإن لم يَفِ بها سَقَطَ الباقِى . قال أحمدُ : ليس على سيدِه قَضاءُ دَيْنِه ، هذا كان يَسْعَى لِنَفْسِه . وإن كان قد مَلَكَ ما يُؤَدِّى فى كِتابَتِه ، انْبَنَى ذلك على الرِّوايتَيْن فى عِتْقِ المُكاتَبِ بمِلْكِ ما يُؤَدِّيه ، وقد ذَكَرْنا فيه رِوايتَيْن ، الظَّاهِرُ منهما أنَّه لا يَعْتِقُ بذلك ، فتَنْفَسِخُ الكِتابَةُ أيضًا ، ويُبْدَأُ بقَضاءِ الدَّيْنِ ، على ما ذَكَرْنا فى الحالِ الأوَّلِ . وهذا قولُ زيدِ بنِ ثابتٍ ، وسعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، والحسنِ ، وشُرَيْحٍ ، وعَطَاءٍ ، وعَمرِو بنِ دينارٍ ، وأبى الزِّنادِ ، ويحيى الأنْصارِىِّ ، ورَبيعَةَ ، والأَوْزَاعِىِّ ، وأبى حنيفةَ ، والشافعىِّ . والثانيةُ ، أنَّه إذا مَلَكَ ما يُؤَدِّى صار حُرًّا . فعلى هذا ، يَضْرِبُ السيدُ مَعَ الغُرَماءِ بما حَلَّ مِن نُجُومِه . رُوِىَ نحوُ هذا عن شُرَيْحٍ ، والنَّخَعِىِّ ، والشَّعْبِىِّ ،

(1) سقط من : م .

(2) فى م : « ثبت » .

(3) فى الأصل : « بغير » .

المقنع

فَصْلٌ : وَالْكِتَابَةُ عَقْدٌ لَازِمٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، لَا يَدْخُلُهَا خِيَارٌ ، وَلَا يَمْلِكُ أَحَدُهُمَا فَسْخَهَا .

الشرح الكبير

والحَكَمِ ، وحَمَّادٍ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىِّ ، والحسنِ بنِ صالحٍ ؛ لأنَّه دَيْنٌ له[1] حَالٌّ ، فيَضْرِبُ به ، كسائِرِ الدُّيُونِ . ويَجِىءُ على قولِ مَن قال : إنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ بالموتِ . أن يَضْرِبَ بجميعِ مالِ الكتابَةِ ؛ لأنَّه قد حَلَّ بالمَوْتِ . والمذهبُ الأوَّلُ ، الذى نَقَلَه الجماعَةُ عن أحمدَ . وقد روَى سعيدٌ فى « سُنَنِه » : ثنا هُشَيْمٌ ، ثَنا مَنْصُورٌ وسَعِيدٌ ، عن قتادَةَ ، قال : ذَكَرْتُ لسعيدِ بنِ المُسَيَّبِ قولَ شُرَيْحٍ فى المُكاتَبِ إذا مات وعليه دَيْنٌ وبَقِيَّةٌ مِن [٦/٥٤ ظ] مُكاتَبَتِه ، فقلت : إنَّ شُرَيْحًا قَضَى أنَّ مَوْلاه يَضْرِبُ مع الغُرماءِ . فقال سعيدٌ : أخْطَأَ شُرَيْحٌ ، قَضَى زَيْدٌ بالدَّيْنِ قبلَ المُكاتَبَةِ[2] .

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (والكتابةُ عَقْدٌ لازِمٌ مِن الطَّرَفَيْن ، لا يَدْخُلُها خِيارٌ ، ولا يَمْلِكُ أحدُهما فَسْخَها) وجملةُ ذلك ، أنَّ الكِتابَةَ عَقْدٌ لازِمٌ من الطَّرَفَيْن ؛ لأنَّها عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، أشْبَهَ عَقْدَ النِّكاحِ

الإنصاف

قوله : والكِتابَةُ عَقْدٌ لازِمٌ مِنَ الطَّرَفَيْن ، لا يَدْخُلُها خِيارٌ . هذا المذهبُ . جزَم به كثيرٌ مِنَ الأصحابِ ؛ منهم صاحِبُ « الفُروعِ » وغيرُه ، فى بابِ الخِيارِ . وذكَر

---

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٨/٤١٣ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٦/٣٩٥ ، ٣٩٦ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٠/٣٣٢ ، ٣٣٣ .

المقنع

وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهَا عَلَى شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ . وَلَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ وَلَا جُنُونِهِ ، وَلَا الْحَجْرِ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

والبَيْعِ ، ولا يَدْخُلُها خِيارٌ ؛ لأنَّ الخِيارَ شُرِعَ لدفعِ الغَبْنِ عن المالِ ، والسيدُ دَخَلَ على بَصِيرَةٍ أنَّ[1] الحظَّ لعبدِه ، فلا مَعْنَى للخيارِ . ولا يَمْلِكُ أحدُهما فَسْخَها ، قياسًا على سائرِ العُقُودِ اللازِمَةِ . وعنه ، أنَّ العبدَ يَمْلِكُ ذلك ، وسَنَذْكُرُه إن شاء اللهُ (ولا يجوزُ تَعلِيقُها على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ) كسائِرِ عُقُودِ المُعاوَضاتِ .

٣٠٢١ – مسألة : (ولا تَنفَسِخُ بمَوتِ السيدِ) لا نَعْلَمُ فى ذلك خِلافًا (ولا) تَنفَسِخُ (بجُنُونِه ، ولا الحَجْرِ عليه) لأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ ، أشْبَهَ البَيْعَ .

الإنصاف

القاضى ، أنَّ العَبْدَ المُكاتَبَ له الخِيارُ على التَّأْبِيدِ ، بخِلافِ سيِّدِه . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : وفيه نظرٌ . قال ابنُ عَقِيلٍ : لا خِيارَ للسَّيِّدِ ، وأمَّا العَبْدُ فله الخِيارُ أبدًا ، مع القُدْرَةِ على الوَفاءِ والعَجْزِ ، فإذا امْتَنعَ ، كان الخِيارُ للسَّيِّدِ . هذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وقال أبو بَكْرٍ : إنْ كان قادِرًا على الوَفاءِ ، فلا خِيارَ له ، وإنْ عجَز عنه ، فله الخِيارُ . ذكَر ذلك فى «النُّكَتِ » فى بابِ الخِيارِ ، وقال : ما قالَه القاضى وابنُ عَقِيلٍ ، قالَه الشِّيرازِىُّ وابنُ البَنَّا . ذكَرَه الزَّرْكَشِىُّ ، على ما يأْتِى قريبًا .

---

(١) فى الأصل: « لأن » .

المقنع وَيَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ مِنَ الْوَرَثَةِ وَغَيْرِهِمْ.

الشرح الكبير **٣٠٢٢** – مسألة : (ويَعْتِقُ بالأداءِ إلى سيدِه ، (١)وإلى مَن يَقُومُ مَقامَه مِن الوَرَثَةِ وغيرِهم) ولا خلافَ فى أنَّه يَعْتِق بالأداءِ إلى سيدِه(١) ، وقد ذَكَرْنا ذلك . وبالأداءِ إلى الوَرَثَةِ ؛ لأنَّه انْتَقَلَ إليهم مع بقاءِ الكِتابةِ ، فهو كالأداءِ إلى مَوْرُوثِهم ، ويكونُ مَقْسُومًا بينَهم على قَدْرِ مواريثِهم ، كسائرِ دُيُونِه ، فإذا كان له أولادٌ ذكورٌ وإناثٌ ، فللذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْن . ولا يَعْتِقُ حتى يُؤَدِّىَ إلى كلِّ ذِى حَقٍّ حَقَّه . فإن أدَّى إلى بعضِهم دُونَ بعضٍ لم يَعْتِقْ ، كما لو كان بينَ شُرَكاءَ ، فأدَّى إلى بعضِهم ، فإن كان بعضُهم غائبًا ، (٢)وله وَكِيلٌ ، دَفعَ نَصِيبَه إلى وكِيلِه ، وإن لم يكُنْ له وكيلٌ ، دَفعَ نَصِيبَه إلى الحاكمِ ، وعَتَقَ . وإن كان مُوَلًّيًا عليه(٢) ، دفَعَ إلى وَلِيِّه ؛ إمَّا أبيه أو وَصِيِّه أو الحاكِمِ أو أمِينِه ، فإن كان له وَصِيَّان ، لم يَبْرَأْ إلَّا بالدَّفعِ إليهما معًا . وإن كان الوارِثُ رَشِيدًا قَبَضَ لنَفْسِه ، ولا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ (١)إلى غيرِه(١) لِيَقْبِضَ له ؛ لأنَّ الرَّشِيدَ وَلِيُّ نَفْسِه ، وإن كان بعضُهم رَشِيدًا وبعضُهم مُوَلًّيًا عليه ، فحكمُ كلِّ واحدٍ منهم حُكْمُه لو انْفَرَدَ . فإن أذِنَ بعضُهم فى الأداءِ إلى الآخرِ ، وكان الذى أذِنَ رَشِيدًا ، فأدَّى إلى الآخرِ

الإنصاف **تنبيه** : ظاهِرُ قوْلِه : ويَعْتِقُ بالأداءِ إلى سَيِّدِه ، أو إلى مَن يقُومُ مَقامَه مِنَ الوَرَثَةِ . أنَّ الباقِىَ مِنَ الكِتابَةِ بعدَ مَوْتِ سيِّدِه يُطالَبُ به ، ويُؤْخَذُ منه . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . ونقَل ابنُ هانِئٍ ، إنْ أدَّى بعضَ كِتابَتِه ثم ماتَ السَّيِّدُ ،

(١ – ١) سقط من : م .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

جَمِيعَ حَقِّه ، عَتَقَ نَصِيبُه ، ولا يَسْرِى إلى نَصِيبِ شَرِيكِه إن كان مُعْسِرًا ، ويَسْرِى إليه إن كان مُوسِرًا ، ويُقَوَّمُ[1] عليه نَصِيبُ شَرِيكِه كلُّه ، كما لو كان بينَ شَرِيكَيْن فأعْتَقَ أحَدُهما نَصِيبَه . وهذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وهو أحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وقال القاضى : لا يَسْرِى عِتْقُه وإن كان مُوسِرًا . وهو القولُ الثانى للشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَعْتِقُ إلَّا بأداءِ جَمِيعِ مالِ الكِتابةِ ؛ لأنَّه أدَّى بعضَ مالِ الكِتابةِ ، فأشْبَهَ ما لو أدَّاه إلى السيدِ . فإن أبْرَءُوه مِن مالِ الكِتابةِ بَرِئَ منه وعَتَقَ ، وإن أبْرَأه بعضُهم عَتَقَ نَصِيبُه ، وكذلك إن أعْتَقَ نَصِيبَه منه عَتَقَ . والخِلافُ فى هذا كلِّه كالخِلافِ فيما إذا أدَّى إلى بعضِهم بإذْنِ الآخَرِ . ولَنا على أنَّه يَعْتِقُ نَصيبُ [٦/٥٥ و] مَن أبْرَأ مِن حَقِّه عليه أوِ اسْتَوْفَى نَصِيبَه بإذْنِ شُرَكائِه ، أنَّه أبْرَأه مِن جَمِيعِ ما لَه عليه ، فوَجَبَ أن يَلْحَقَه العِتْقُ ، كما لو أبْرَأه سيدُه مِن جميعِ مالِ الكتابةِ ، وفارَقَ ما إذا أبْرَأه سيدُه مِن بعضِ مالِ الكِتابةِ ؛ لأنَّه ما أبْرَأه مِن جميعِ حَقِّه . ولَنا على سِرايةِ عِتْقِه ، أنَّه إعْتاقٌ لبعضِ العبدِ الذى يجوزُ إعْتاقُه مِن مُوسِرٍ جائِزِ التَّصَرُّفِ غيرِ مَحْجُورٍ عليه ، فوَجَبَ أن يَسْرِىَ عِتْقُه ، كما لو كان قِنًّا ، ولأنَّه عِتْقٌ حَصَلَ بفِعْلِه واخْتِيارِه ، فسَرَى ، كمَحَلِّ الوِفاقِ . فإن قيل : فى السِّرايَةِ إضْرارٌ بالشُّرَكاءِ ؛ لأنَّه قد يَعْجِزُ فيُرَدُّ إلى

الإنصاف

يُحْسَبُ مِن ثُلُثِه ما بَقِىَ مِن كِتابَةِ العَبْدِ ، ويَعْتِقُ . وتقدَّم فى أوَّلِ بابِ الوَلاءِ ؛ إذا أدَّى المُكاتَبُ بعضَ الكِتابةِ للوَرَثَةِ ، هل يكونُ الوَلاءُ للسَّيِّدِ أو للوَرَثَةِ ؟ .

---

(١) فى الأصل : « يقدم » .

الشرح الكبير

الرِّقِّ . قُلْنا : إذا كان العِتْقُ فى مَحَلِّ الوِفاقِ (١)يُزِيلُ الرِّقَّ المُتَمَكِّنَ الذى لا كِتابَةَ فيه ، فلأن يُزِيلَ عَرَضِيَّةَ ذلك بطريقِ الأَوْلَى .

فصل : وإذا عَتَق بالأداءِ(١) إلى الوَرَثَةِ ، فوَلاؤُه لسيدِه فى إحدَى الرِّوايَتَيْن . وهو اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ . يَخْتَصُّ به عَصَباته دُونَ أَصْحابِ الفُروضِ . وهذا قولُ أكثرِ الفُقهاءِ . واختاره أبو بكرٍ . ونقله[٢] إسحاقُ ابنُ مَنْصورٍ عن أحمدَ ، وإسحاقَ . وروَى حَنْبَلٌ ، وصالحُ بنُ أحمدَ ، عن أبيه ، قال : اخْتَلَفَ النَّاسُ فى المُكاتَبِ يَمُوتُ سيدُه وعليه بَقِيَّةٌ مِن كِتابتِه ؛ قال بعضُ الناسِ : الوَلاءُ للرِّجَالِ والنِّساءِ . وقال بعضُهم : لا وَلاءَ للنِّساءِ ؛ لأنَّ هذا إنَّما هو دَيْنٌ على المُكاتَبِ ، ولا يَرِثُ النِّساءُ مِن الولاءِ إلَّا ما كاتَبْنَ أو أعْتَقْنَ . والذى يَغْلِبُ علىَّ أنَّهُنَّ يَرِثْنَ ؛ (٣)وذلك لأنَّ المُكاتَبَ لو عَجَزَ(٣) بعدَ وَفاةِ السيدِ رُدَّ رَقِيقًا . وهذا قولُ طاوسٍ ، والزُّهْرِىِّ ؛ لأنَّ المُكاتَبَ انْتَقَلَ إلى الوَرَثَةِ بموتِ المكاتِبِ[٤] ، بدليلِ أنَّهم لو أعْتَقُوه نَفَذ[٥] عِتْقُهم ، فكان ولاؤُه لهم ، كما لو انْتَقَلَ بالشِّراءِ ، ولأنَّه يُؤَدِّى إلى الوَرَثَةِ ، فكان وَلاؤُه لهم ، كما لو أدَّى إلى المُشْتَرِى . ووَجْهُ الأوَّلِ أنَّ السيدَ هو المُنْعِمُ بالعِتْقِ ، فكان الولاءُ له ، كما لو أدَّى إليه ، ولأنَّ

الإنصاف ....

(١ - ١) سقط من : الأصل .
(٢) فى الأصل : « فقبله » .
(٣ - ٣) فى م : « ولو عجز المكاتب » .
(٤) فى م : « السيد » .
(٥) فى م : « بعد » .

الشرح الكبير

الوَرَثَةَ إنَّما يَنْتَقِلُ إليهم ما بَقِىَ للسيدِ ، وإنَّما بَقِىَ له دَيْنٌ فى ذِمَّةِ المُكاتَبِ ، والفَرْقُ بينَ المِيراثِ والشِّراءِ ، أنَّ السيدَ نَقَل حَقَّه فى البَيْعِ باخْتِيارِه ، فلم يَبْقَ له فيه حَقٌّ مِن وَجْهٍ ، والوارِثُ يَخْلُفُ المَوْرُوثَ ويَقُومُ مَقامَه ، (1 ويَبْنِى على ما فَعَلَه 1) مَوْرُوثُه ، (2 ولا 2) يَنْتَقِلُ إليه شَىءٌ أمْكَنَ بَقاؤُه لمَورُوثِه ، والولاءُ ممَّا أمْكَنَ بَقاؤُه للمَوْرُوثِ ، فوَجَبَ أن لا يَنْتَقِلَ عنه . وقد ذَكَرْنا ذلك فى بابِ الوَلاءِ .

فصل : فإن أعْتَقَه الوَرَثَةُ صَحَّ عِتْقُهم ؛ لأنَّه مِلْكٌ لهم ، فصَحَّ عِتْقُهم له ، ولأنَّ السيدَ لو أعْتَقَه نَفَذَ عِتْقُه ، وهم يقُومونَ مَقامَ مَوْرُوثِهم . ووَلاؤُه لهم ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « إنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[3] . وإن أعْتَقَ بَعْضُهم نَصِيبَه فعَتَقَ عليه كلُّه بالسِّرايَةِ ، قُوِّمَ عليه نَصِيبُ شُرَكائِه ، و[4]كان وَلاؤُه له ، وإن لم يَسْرِ لكَوْنِه مُعْسِرًا أو لغيرِ ذلك ، فله وَلاءُ ما أعْتَقَه ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه مُنْعِمٌ عليه ، فكان الوَلاءُ له ، كغيرِ المُكاتَبِ . وقال القاضى : إن أعْتَقُوه كُلُّهم قبلَ عَجْزِه ، كان الوَلاءُ [٥٥/٦ ظ] للسيدِ ، وإن أعْتَقَ بعضُهم لم يَسْرِ عِتْقُه ، ثم يُنْظَرُ ؛ فإن أدَّى إلى الباقِين عَتَقَ كلُّه ،

الإنصاف ....

(١ - ١) فى م : « ويلى على » .
(٢ - ٢) فى الأصل : « لأنه » .
(٣) تقدم تخريجه فى ٢٣٤/١١ ، ٢٣٥ .
(٤) فى الأصل : « وإن » .

....

الشرح الكبير

وكان وَلاؤُه للسيدِ ، وإن عَجزَ فرَدُّوه إلى الرِّقِّ ، كان وَلاءُ نَصِيبِ المُعْتِقِ له ؛ لأنَّه لولا إعْتاقُه لعاد سَهْمُه رَقِيقًا كسِهامِ سائِرِ الوَرَثَةِ ، فلمَّا أعْتَقَه كان هو المُنْعِمَ عليه ، فكان الوَلاءُ له دُونَهم . فأمَّا إن أبْرأه الوَرَثَةُ كلُّهم عَتَقَ ، وكان وَلاؤُه على الرِّوايَتَيْن اللَّتَيْن ذكَرْناهما فيما إذا أدَّى إليهم ؛ لأنَّ الإبْراءَ جَرَى مَجْرَى أداءِ ما عليه . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ الوَلاءُ لهم ؛ لأنَّهم أنْعَمُوا عليه بما عَتَقَ به ، أشْبَهَ ما لو أعْتَقُوه ، وإن أبْرأه بعضُهم مِن نَصِيبِه ، كان في وَلائِه ما ذكَرْناه مِن الخِلافِ .

فصل : إذا باعَ الوَرَثَةُ المُكاتَبَ أو وَهَبُوه ، صَحَّ بَيْعُهم وهِبَتُهم ؛ لأنَّهم يَقُومُونَ مَقامَ مَوْرُوثِهم ، وهو يَمْلِكُ بَيْعَه وهِبَتَه ، كذلك وَرَثَتُه ، ويكونُ عندَ المُشْتَرِي والمَوْهُوبِ له مُبْقًى على ما بَقِيَ مِن كِتابتِه ، إن عَجزَ فعَجَّزَه ، عاد رَقِيقًا له ، وإن أدَّى (١وعَتَقَ ، كان١) وَلاؤُه لمَن يُؤَدِّي إليه ، على الرِّوايةِ التي تقولُ : إنَّ وَلاءَه للوَرَثَةِ إذا أدَّى إليهم . وأمَّا على الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، فيَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ بَيْعُه ولا هِبَتُه ؛ لأنَّ ذلك يَقْتَضِي إبْطالَ سَبَبِ ثُبُوتِ الوَلاءِ للسيدِ الذي كاتَبَه ، وليس ذلك (٢للوَرَثَةِ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ، ويكونَ الوَلاءُ للسيدِ إن أُعْتِقَ بالكِتابَةِ ؛ لأنَّ السيدَ عَقَدَها ، فعَتَقَ بها ، فكان وَلاؤُه٢) له ، ويُفارِقُ ما باعَه السيدُ ؛ لأنَّ السيدَ ببَيْعِه أبْطَلَ حَقَّ نَفْسِه ، وله ذلك ، بخِلافِ الوَرَثَةِ ؛ فإنَّهم لا يَمْلِكُونَ إبْطالَ حَقِّ مَوْرُوثِهم .

الإنصاف

....

(١ - ١) في م : « عتق وكان » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : إذا وصَّى السيدُ بمالِ الكِتابَةِ صَحَّ . فإن سَلَّمَ مالَ الكِتابَةِ إلى المُوصَى له ، أو وَكِيلِه ، أو وَلِيِّه إن كان مَحْجُورًا عليه ، بَرِئَ منه ، وعَتَقَ ، ووَلاؤُه لسيدِه الذى كاتَبَه ؛ لأنه المُنْعِمُ عليه ، وإن أبْرأه مِن المالِ ، عَتَقَ ؛ لأنَّه بَرِئَ مِن مالِ الكِتابَةِ ، فأشْبَهَ ما لو أدَّى ، وإن أعْتَقَه ، لم يَعْتِقْ ؛ لأنه لا يَمْلِكُ رَقَبَته ، وإنَّما وَصَّى له بالمالِ الذى عليه ، وإن عَجَزَ ورُدَّ فى الرِّقِّ ، صارَ عَبْدًا للوَرَثَةِ ، وما قَبَضَه المُوصَى له مِن المالِ فهو له ؛ لأنَّه قَبَضَه بحُكْمِ الوَصِيَّةِ الصَّحيحَةِ ، والأمْرُ فى تَعْجِيزِه إلى الوَرَثَةِ ؛ لأنَّ الحَقَّ يَثْبُتُ لهم بتَعْجيزِه ويَصِيرُ عبدًا لهم ، فكانت الخِيَرَةُ فى ذلك إليهم ، وتَبْطُلُ وَصِيَّةُ المُوصَى له بتَعْجيزِه . وإن وَصَّى بمالِ الكِتابةِ للمساكِينِ ، ووَصَّى إلى مَن يقْبِضُه ويُفَرِّقُه بينَهم ، صَحَّ ، ومتى سَلَّمَ المالَ إلى الوَصِيِّ بَرِئَ وعَتَقَ . وإن أبْرأه منه لم يَبْرأْ ؛ لأنَّ الحَقَّ لغيرِه . فإن دَفَعَه المُكاتَبُ إلى المساكِينِ لم يَبْرأْ منه ولم يَعْتِقْ ؛ لأنَّ التَّعْيينَ إلى الوَصِيِّ دُونَه . وإن وَصَّى بدَفْعِ المالِ إلى غُرَمائِه ، تَعَيَّنَ القَضَاءُ منه ، كما لو وَصَّى به عَطِيَّةً لهم ، فإن كان إنَّما وَصَّى بقَضَاءِ دُيُونِه مُطْلَقًا ، كان على المُكاتَبِ أن يَجْمَعَ بينَ الوَرَثَةِ والوَصِيِّ بقَضَاءِ الدَّيْنِ ، ويدْفَعَه إليهم بحَضْرَتِه ؛ لأنَّ المالَ للوَرَثَةِ ، ولهم قَضاءُ الدَّيْنِ منه ومِن غيرِه ، وللوَصِيِّ فى قَضَاءِ الدَّيْنِ حَقٌّ ؛ لأنَّ له مَنْعَهم مِن التَّصَرُّفِ فى التَّرِكَةِ قبلَ قَضاءِ الدَّيْنِ .

فصل : إذا ماتَ رجلٌ وخَلَّفَ ابْنَيْن وعَبْدًا ، فادَّعَى العبدُ [٦/٥٦ و] أنَّ سَيدَه كاتَبَه ، فصَدَّقاه ، ثَبَتتِ الكِتابَةُ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما . وإن أنْكَراه ،

الإنصاف ....

الشرح الكبير وكانت له بَيِّنَةٌ ، ثَبَتَتِ الكِتابَةُ ، وعَتَقَ بالأداءِ إليهما . وإن عَجَزَ ، فلهما رَدُّه إلى الرِّقِّ . وإن لم يُعَجِّزاه ، وصَبَرا عليه ، لم يَمْلِكِ الفَسْخَ . وإن عَجَّزَه أحَدُهما ، وأبَى الآخَرُ تَعْجيزَه ، بَقِىَ نِصْفُه على الكِتابةِ ، ورَقَّ النِّصْفُ الآخَرُ . فإن لم تكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُهما مع أيْمانِهما ؛ لأنَّ الأصْلَ بَقاءُ الرِّقِّ وعَدَمُ الكِتابَةِ ، وتكونُ أيْمانُهما على نَفْىِ العِلْمِ ؛ لأنها يَمِينٌ على نَفْىِ فِعْلِ الغيرِ ، فإن حَلَفا ثَبَتَ رِقُّه ، وإن نَكَلا قُضِىَ عليهما ، أو رُدَّتِ اليَمِينُ عليه عندَ مَن يَرَى رَدَّها ، فيَحْلِفُ العبدُ وتَثْبُتُ الكِتابَةُ . وإن حَلَفَ أحَدُهما ونَكَلَ الآخَرُ ، قُضِىَ برِقِّ نِصْفِه وكِتابةِ نِصْفِه . وإن صَدَّقَه أحَدُهما وكَذَّبَه الآخَرُ ، ثَبَتَتِ الكِتابَةُ فى نِصْفِه ، وعليه البَيِّنَةُ فى نِصْفِه الآخَرِ ، فإن لم تكُنْ بَيِّنَةٌ ، وحَلَفَ المُنْكِرُ ، صارَ نِصْفُه مُكاتَبًا ونِصْفُه رَقِيقًا قِنًّا . فإن شَهِدَ المُقِرُّ على أخِيه ، قُبِلَتْ شَهادَتُه ؛ لأنَّه لا يَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ عنها ضَرَرًا ، فإن كان معه شاهِدٌ آخَرُ ، كَمَلَتِ الشَّهادَةُ ، وثَبَتَتِ الكِتابَةُ فى جَمِيعِه . وإن لم يَشْهَدْ غَيْرُه ، فهل يَحْلِفُ العبدُ معه ؟ على رِوايَتَيْن . وإن لم يكُنْ عَدْلًا ، أو لم يَحْلِفِ العَبْدُ معه ، وحَلَفَ المُنْكِرُ ، كان نِصْفُه مُكاتَبًا ونِصْفُه رَقِيقًا ، ويكونُ كَسْبُه بينَه وبينَ المُنْكِرِ نِصْفَيْن ، ونَفَقَتُه مِن كَسْبِه ؛ لأنها على نَفْسِه وعلى مالكِ نِصْفِه ، فإنْ لم يَكُنْ له كَسْبٌ ، كان على المُنْكِرِ نِصْفُ نفقتِه ، ثم إنِ اتَّفَقَ هو ومالِكُ نِصْفِه على المُهايأةِ مياوَمَةً[1] ، أو مُشاهَرَةً ، أو كيفما كان ، جاز ، فإن طَلَبَ

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « موأيمة » .

الشرح الكبير أحَدُهما ذلك وامْتَنَعَ الآخَرُ ، أُجْبِرَ عليها ، فى ظاهِرِ كلام أحمدَ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ المَنافِعَ مُشْتَرَكَةٌ بينَهما ، فإذا أراد أحَدُهما حِيازَةَ نَصِيبِه مِن غيرِ ضَرَرٍ لَزِمَ الآخَرَ إجابَتُه ، كالأعْيانِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ المُهاياَةَ تأْخِيرُ حَقِّهِ الحالِّ ، لكونِ المَنافِعِ فى هذا اليوم مُشْتَرَكَةً بينَهما ، فلا تَجِبُ الإجابةُ إليه ، كتأْخِيرِ دَيْنِه الحالِّ . فإنِ اقْتَسَما الكَسْبَ مُناصَفَةً أو مُهاياَةً ، جازَ ، فإن لم يَفِ بأداءِ نُجُومِه ، فللمُقِرِّ رَدُّه فى الرِّقِّ ، وما فى يَدِه له خاصَّةً ؛ لأنَّ المُنْكِرَ قد أخَذَ حَقَّه مِن الكَسْبِ . وإنِ اخْتَلَفَ المُنْكِرُ والمُقِرُّ فيما فى يَدِ المُكاتَبِ ، فقال المُنكرُ : هذا كان فى يَدِه قبلَ دَعْوَى الكِتابَةِ - أو - كَسَبَه فى حياةِ أبينا . وأنْكَرَ ذلك المُقِرُّ ، فالقولُ قولُه مع يَمينِه ؛ لأنَّ المُدَّعِىَ يَدَّعِى كَسْبَه فى وَقْتٍ الأصْلُ عَدَمُه فيه ، ولأنَّه لو اخْتَلَفَ هو والمُكاتَبُ فى ذلك ، كان القَوْلُ قولَ المُكاتَبِ ، فكذلك مَن يقومُ مَقامَه . وإن أدَّى الكِتابَةَ ، عَتَقَ نَصِيبُ المُقِرِّ خاصَّةً ، ولم يَسْرِ إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ؛ لأنَّه[1] لم يُباشِرِ العِتْقَ ، ولم يُنْسَبْ إليه ، وإنَّما كان السَّبَبُ[2] من أبِيه ، وهذا حاكٍ[3] عن أبِيه مُقِرٌّ بفِعْلِه ، فهو كالشاهِدِ ، ولأنَّ المُقِرَّ يَزْعُمُ أنَّ نَصِيبَ أخِيه حُرٌّ أيضًا ؛ لأنَّه قد قَبَضَ مِن العَبْدِ مثلَ ما قَبَضَ ، فقد [٥٦/٦ ظ] حَصَلَ أداءُ مالِ الكِتابَةِ

الإنصاف ....

(١) بعده فى الأصل : « له » .
(٢) فى الأصل : « النسب » .
(٣) فى الأصل : « خال » .

الشرح الكبير

إليهما جميعًا[1] ، فعَتَقَ كلُّه بذلك ، ووَلاءُ النِّصْفِ للمُقِرِّ ؛ لأنَّ أخاه لا يَدَّعِيه ، والمُقِرُّ يَدَّعِى أنَّه كلَّه عَتَقَ بالكِتابَةِ وهذا الوَلاءُ الذى على هذا النِّصْفِ نَصِيبى[2] مِن الوَلاءِ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : فى ذلك وَجْهانِ . أحدُهما ، كقَوْلِنا . والثانى ، أنَّ الوَلاءَ بينَ الابْنَيْن ؛ لأنَّه يَثْبُتُ لمَوْرُوثِهما ، فكان لهما بالمِيراثِ . قال شيخُنا[3] : والصَّحيحُ ما قُلْناه ؛ لما ذَكَرْنا ، ولا يَمْتَنِعُ ثُبُوتُ الوَلاءِ للأب واخْتِصاصُ أحَدِ الابْنَين به ، كما لو ادَّعَى أحَدُهما دَيْنًا لأبِيه على إنْسانٍ ، وأنْكَرَه الآخَرُ ، فإنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُ نَصِيبَه مِن الدَّيْنِ ويَخْتَصُّ به دُونَ أخِيه ، وإن كان يَرِثُه عن الأبِ ، وكذلك[4] لو ادَّعَياه مَعًا ، وأقاما به شاهِدًا واحدًا ، فحلَفَ أحَدُهما مع الشاهِدِ ، وأبَى الآخَرُ . فإن أعْتَقَ أحَدُهما حِصَّتَه ، عَتَقَ ، وسَرَى إلى باقِيه إن كان مُوسِرًا . هذا قولُ الخِرَقِيِّ ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فى عَبْدٍ ، وَكَانَ لَهُ مَا يَبْلُغُ قِيمَةَ العَبْدِ ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ العَدْلِ ، وأعْطَى شُرَكَاءَه حِصَصَهُمْ »[5] . ولأنَّه مُوسِرٌ عَتَقَ نَصِيبُه مِن عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ ، فسَرَى إلى باقِيه ، كغيرِ المُكاتَبِ . وقال أبو بكرٍ ، والقاضى : لا يَعْتِقُ إلَّا حِصَّتُه ؛ لأنه إنْ كان المُعْتِقُ المُقِرَّ ، فهو مُنَفِّذٌ ، وإن كان

الإنصاف ....

(1) سقط من : م .
(2) فى م : « من نصيبى » .
(3) فى : المغنى 14/475 .
(4) فى م : « لذلك » .
(5) تقدم تخريجه فى 15/259 .

المقنع

فَإِنْ حَلَّ نَجْمٌ فَلَمْ يُؤَدِّهِ ، فَلِلسَّيِّدِ الْفَسْخُ . وَعَنْهُ ، لَا يَعْجِزُ حَتَّى يَحِلَّ نَجْمَانِ . وَعَنْهُ ، لَا يَعْجِزُ حَتَّى يَقُولَ : قَدْ عَجَزْتُ .

الشرح الكبير

المُنْكِرَ ، لم يَسْرِ إلى نَصِيبِ المُقِرِّ ؛ لأنَّه مُكاتَبٌ لغيرِه ، وفى سِرايةِ العِتْقِ إليه إبْطالُ سَبَبِ الوَلاءِ عليه ، فلم يَجُزْ ذلك .

٣٠٢٣ - مسألة : (وإن حَلَّ نَجْمٌ فلم يُؤَدِّه ، فللسيدِ الفَسْخُ . وعنه ، لا يَعْجِزُ حتى يَحِلَّ نَجْمانِ . وعنه ، لا يَعْجِزُ حَتَّى يقُولَ : قد عَجَزْتُ) اخْتَلَفتِ الرِّوَايةُ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فيما يجوزُ للسيدِ به فَسْخُ الكِتابةِ ، فرُوِىَ عنه أنَّه يجوزُ له الفَسْخُ إذا عَجَزَ عن نَجْمٍ واحدٍ . وهو قولُ الحارثِ العُكْلِىِّ ، وأبى حنيفةَ ، والشافعىِّ ؛ لأنَّ السيدَ دَخَلَ على أن يُسَلِّمَ له مالَ الكِتابةِ على الوَجْهِ الذى كاتَبَه عليه ، ويَدْفَعَ إليه المالَ فى نُجُومِه ، فإذا لم يُسَلِّمْ له لم يَلْزَمْه عِتْقُه . ولأنَّه عَجَزَ عن أداءِ النَّجْمِ فى وَقْتِه[1] ، فجازَ فَسْخُ كِتابَتِه ، كالنَّجْمِ الأخِيرِ . ولأنَّه تَعَذَّرَ العِوَضُ فى عَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، ووَجَدَ عينَ مالِه ، فكان له الرُّجُوعُ ، كما لو باع سِلْعَةً فأفْلَسَ المُشْتَرِى قبلَ نَقْدِ ثَمَنِها . والروايةُ الثانيةُ ، أنَّ السَّيِّدَ لا يَمْلِكُ الفَسْخَ حتَّى يَحِلَّ نَجْمانِ قبلَ أدائِهما . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . قال القاضى : وهو ظاهِرُ كلامِ أصحابِنا . رُوِىَ ذلك عن الحكمِ ، وابنِ أبى لَيْلَى ،

الإنصاف

قوله : فإنْ حَلَّ نَجْمٌ فلم يُؤَدِّه ، فلسَيِّدِه الفَسْخُ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ،

---

(١) بعده فى م : « فجاز فى وقته » .

الشرح الكبير

وأبى يوسفَ ، والحسنِ بنِ صالحٍ ؛ لما رُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لا يُرَدُّ المُكاتَبُ فى الرِّقِّ حتَّى يَتوالَى عليه نَجْمان[1] . ولأنَّ ما بينَ النَّجْمَيْنِ مَحِلٌّ لأداءِ الأوَّلِ ، فلا يَتحقَّقُ العَجْزُ عنه حتى يَفُوتَ مَحِلُّه بحُلُولِ الثانى . والروايةُ الثالثةُ ، أنَّه لا يَعْجِزُ حتى يقولَ : قد عَجَزْتُ . رَواها عنه ابنُ أبى موسى . وروى عنه أنَّه إذا أدَّى أكثرَ مالِ الكِتابةِ ، لم يُرَدَّ إلى الرِّقِّ ، وأُتْبِعَ بما بَقِىَ . [٥٧/٦ و] وإذا قُلْنا : للسيدِ الفَسْخُ . لم تَنْفَسِخِ الكِتابةُ بالعَجْزِ ، بل له مُطالَبةُ المُكاتَبِ بما حَلَّ مِن نُجُومِه ؛ لأنَّه دَيْنٌ له حَلَّ ، فأشْبَهَ دَيْنَه على الأجْنَبِىِّ ، (٢وله٢) الصَّبْرُ عليه وتأخِيرُه به ، سَوَاءٌ كان قادِرًا على الأداءِ أو عاجِزًا ؛ لأنَّه حَقٌّ له سَمَحَ بتأخِيرِه ، أشْبَهَ الدَّيْنَ على الأجْنَبِىِّ . فإنِ اختار الصَّبْرَ عليه لم يَمْلِكِ (٣العَبْدُ الفَسْخَ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه مِن أهلِ العِلْمِ ، على أنَّ٣) المُكاتَبَ إذا حَلَّ عليه نَجْمٌ ، (٤أو نَجْمان٤) ، أو نُجُومُه كُلُّها ، فوَقَفَ[5] السَّيِّدُ عن مُطالَبَتِه وتَرَكَه بحالِه ، أنَّ الكِتابَةَ لا تَنْفَسِخُ ،

الإنصاف

و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وعنه ، لا يَعْجِزُ حَتَّى يحِلَّ نَجْمان .

---

(١) أخرجه ابن حزم ، فى : كتاب الكتابة . المحلى ٢٩٢/١٠ .
(٢ - ٢) فى الأصل : « فإن اختار » .
(٣ - ٣) سقط من : الأصل .
(٤ - ٤) فى م : « ونجم » .
(٥) فى الأصل : « توقف » .

الشرح الكبير

ما داما ثابتَيْن على العَقْدِ الأوَّلِ . وإن أجَّلَه به ثم بَدا له الرُّجُوعُ ، فله ذلك ؛ لأنَّ الحالَّ لا يتأجَّلُ بالتَّأْجِيلِ ، كالقَرْضِ . وإنِ اخْتار السيدُ فَسْخَ كِتابتِه ورَدَّه إلى الرِّقِّ ، فله ذلك ، بغيرِ حُضُورِ حاكمٍ ولا سُلْطانٍ ، ولا تَلْزَمُه الاسْتِنابَةُ . فعَل ذلك (١ابنُ عُمَرَ١) . وهو قولُ شُرَيْحٍ ، والنَّخَعِيِّ ، وأبى حنيفةَ ، والشافعيِّ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى : لا يكونُ عَجْزُه إلَّا عندَ قاضٍ . وحُكِيَ نَحْوُه عن مالكٍ . وقال الحسنُ : إذا عَجَزَ اسْتُؤْنِىَ(٢) بعدَ العَجْزِ سَنَتَيْن . وقال الأوْزَاعِيُّ : شَهْرَيْن . ولَنا ، ما روَى سعيدٌ بإسْنادِه عن ابنِ عمرَ ، أنَّه كاتَبَ عبدًا له على ألفِ دِينارٍ ، وعَجَزَ عن مائةِ دِينارٍ ، فرَدَّه فى الرِّقِّ(٣) . وبإسْنادِه عن عَطِيَّةَ العَوْفِىِّ ، عن ابنِ عمرَ ، أنَّه كاتَبَ عبدَه على عشرينَ ألْفًا ، فأدَّى عَشَرةَ آلافٍ ، ثم أتاهُ ، فقال : إنِّى طُفْتُ العِراقَ والحِجازَ ، فرُدَّنِى فى الرِّقِّ . فرَدَّه . ورُوِىَ عنه أنَّه كاتَبَ عبدًا له على ثَلاثِينَ ألْفًا ، فقال له : أنا عاجِزٌ . فقال له : امْحُ كِتابَتَك . فقال : امْحُ أنتَ(٤) .

الإنصاف

وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . قال القاضى : وهو ظاهِرُ كلامِ أصحابِنا . قال فى « الهِدايَةِ » : وهو اخْتِيارُ أبى بَكْرٍ ، والخِرَقِىِّ ، ونصَرَه فى « المُغْنِى » . وعنه ، لا يعْجِزُ حتَّى يقُولَ : قَدْ عجَزْتُ . ذكَرها ابنُ أبى مُوسى . ورُوِىَ عنه أنَّه إنْ أدَّى أكثرَ مالِ الكِتابةِ ، لم يُرَدَّ إلى الرِّقِّ ، واتُّبِعَ بما بَقِىَ . وقال فى « عُيونِ المَسائلِ » :

(١ - ١) سقط من : الأصل .
(٢) فى الأصل : « استوفى » . واستؤنى : أى انتُظِر .
(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٦ .
(٤) وأخرجه البيهقى ، فى : باب عجز المكاتب ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣٤١/١٠ . وعبد الرزاق ، فى : باب عجز المكاتب وغير ذلك ، من كتاب المكاتب . المصنف ٤٠٧/٨ ، ٤٠٨ .

الشرح الكبير

وروَى سعيدٌ ، بإسْنادِه عن عمرِو بنِ شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّه ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ خطَبَ ، فقال : « أَيُّمَا رَجُلٍ كَاتَبَ غُلَامَهُ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ ، فَعَجَزَ عَنْ عَشْرِ أَوَاقٍ ، فَهُوَ رَقِيقٌ »[(١)] . ولأنَّه عَقْدٌ عَجَزَ عن عِوَضِه ، فملَكَ مُسْتَحِقُّه[(٢)] فَسْخَه ، كالسَّلَمِ إذا تعَذَّرَ المُسْلَمُ فيه . فإن قيل : فلِمَ كانتِ الكِتابةُ لازِمَةً مِن جِهَةِ السيدِ ، غيرَ لازِمَةٍ مِن جِهَةِ العبدِ ؟ قُلْنا : بل هى لازِمَةٌ مِن الطَّرَفَيْن ، ولا يَمْلِكُ العبدُ فَسْخَها ، وإنَّما له أن يُعَجِّزَ نَفْسَه ، ويَمْتَنِعَ مِن الكَسْبِ ، وإنَّما جاز له ذلك لوَجْهَيْن : أحدُهما ، أنَّ الكِتابةَ تَتَضَمَّنُ إعْتاقًا بصِفَةٍ ، ومَن عُلِّقَ عِتْقُه بصِفَةٍ لم يَمْلِكْ إبْطالَها ، ويَلْزَمُ وقوعُ العِتْقِ بالصِّفَةِ ، ولا يَلْزَمُ العَبْدَ الإتيانُ بها ولا الإجْبارُ عليها . الثانى ، أنَّ الكِتابَةَ لحظِّ العبدِ دُونَ سيدِه ، فكان لازِمًا ، كمَن[(٣)] أَلْزَمَ نَفْسَه حَظَّ غيرِه ، وصاحِبُ الحَظِّ بالخِيارِ فيه ، كمَن ضَمِنَ لغيرِه شيئًا أو كَفَلَ له أو رَهَنَ عندَه رَهْنًا .

الإنصاف

ليس له الفَسْخُ قبلَ حُلولِ نَجْمٍ ولا بعدَه ، مع قُدْرَةِ العَبْدِ على الأداءِ ، كالبَيْعِ . وقال فى « التَّرْغيبِ » : إنْ غابَ العَبْدُ بلا إذْنِ سيِّدِه ، لم يَفْسَخْ ، ويَرْفَعُ الأَمْرَ إلى حاكِمِ البَلَدِ الذى هو فيه ؛ ليأْمُرَه بالأداءِ أو يُثْبِتَ عجْزَه ، فحِينَئذٍ يمْلِكُ الفَسْخَ . وقالَه فى « الرِّعايَةِ » أيضًا ، وقال : وقيل : إنْ لم يَتَّفِقا ، فَسَخَها الحاكِمُ . فعلى المذهبِ ، يلْزَمُه إنْظارُه ثلاثَةَ أيَّامٍ . قالَه الأصحابُ ، كبَيْعِ عَرْضٍ . ومِثْلُه مالُ

---

(١) تقدم تخريجه فى ٦/٣٠٠ .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « لمن » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا حَلَّ النَّجْمُ على المُكاتَبِ ومالُه حاضِرٌ عندَه ، طُولِبَ به ، ولم يَجُزِ الفَسْخُ قبلَ الطَّلَبِ ، كما لا يجوزُ فَسْخُ البَيْعِ والسَّلَمِ بمُجَرَّدِ وُجُوبِ الدَّفْعِ قبلَ الطَّلَبِ . فإن طُلِبَ منه ، فذَكَرَ أنَّه غائِبٌ عن المَجْلِسِ فى ناحِيةٍ مِن نواحِى البَلَدِ ، أو قَرِيبٌ منه على مسافةٍ لا تُقْصَرُ فيها الصَّلاةُ [٥٧/٦ ظ] يُمْكِنُ(١) إحْضارُه قَرِيبًا ، لم يَجُزْ فَسْخُ الكِتابَةِ ، وأُمْهِلَ بقَدْرِ ما يَأْتِى به إذا طَلَبَ الإِمْهالَ ؛ لأنَّ هذا يَسِيرٌ لا ضَرَرَ فيه . وإن كان معه مالٌ مِن غيرِ جِنْسِ مالِ الكِتابَةِ ، فطَلَبَ الإِمْهالَ لِيَبِيعَه بجِنْسِ مالِ الكِتابَةِ ، أُمْهِلَ . وإن كان المالُ غائبًا أكثرَ مِن مسافةِ القَصْرِ لم يَلْزَمِ الإِمْهالُ . وهذا قولُ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان له مالٌ حاضِرٌ ، أو غائِبٌ يَرْجُو قُدُومَه ، (٢ اسْتُؤْنِىَ يَوْمَيْن وثَلاثةً ٢) ، لا أزيدُه على ذلك . لأنَّ الثلاثةَ آخِرُ حَدِّ القِلَّةِ والقُرْبِ ؛ لِما بَيَّنَّاه فيما مَضَى ، وما زاد عليها فى حَدِّ الكَثْرَةِ(٣) . وهذا كلُّه قريبٌ بعضُه مِن بعضٍ . فأمَّا إذا كان قادرًا على الأداءِ واجِدًا لما يُؤَدِّيه ، فامْتَنَعَ مِن أدائِه ، و(٤) قال : قد عَجَزْتُ . فقال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وجماعةٌ مِن(٥) أصْحابِنا المتأخِّرين : يَمْلِكُ

الإنصاف

غائبٍ دُونَ مَسافَةِ قَصْرٍ يرْجُو قُدومَه ، ودَيْنٌ حالٌّ على مَلِيءٍ ومُودَعٍ . قال فى « الفُروعِ » : وأطْلَقَ جماعةٌ ؛ لا يَلْزَمُ السَّيِّدَ اسْتِيفاؤُه . قال : فيتَوَجَّهُ مثلُه فى غيرِه .

---

(١) فى م : « لم يمكن » .
(٢ - ٢) فى الأصل : « استوفى يومين أو ثلاثة » .
(٣) فى الأصل : « أكثره » .
(٤) فى م : « أو » .
(٥) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

السيدُ الفَسْخَ . وهو الذى ذَكَرَه شيخُنا فى الكتابِ المَشْرُوحِ ، وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وقال أبو بكرِ بنُ جَعْفَرٍ : ليس له ذلك ، ويُجْبَرُ على تَسْلِيمِ العِوَضِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ، والأَوْزَاعِىِّ . وقد ذُكِرَ ذلك فى كتابِ البَيْعِ . وفيه رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه إذا قَدَرَ على أداءِ المالِ كُلِّه ، أنَّه يَصِيرُ حُرًّا بِمِلْكِ ما يُؤَدِّى . وقد ذَكَرْناها .

فصل : فإن حَلَّ النَّجْمُ والمُكاتَبُ غائِبٌ بغيرِ إذْنِ سيدِه ، فله الفَسْخُ . وإن كان غاب بإذْنِه ، لم يكنْ له أن يَفْسَخَ ؛ لأنَّه أذِنَ فى السَّفَرِ المانِعِ مِن الأداءِ ، لكنْ يُرْفَعُ الأمْرُ إلى الحاكِمِ ، ليَجْعَلَ للسيدِ فَسْخَ الكِتابةِ . وإن كان قادِرًا على الأداءِ ، طالَبه بالخُرُوجِ إلى البَلَدِ الذى فيه السيدُ ليُؤَدِّىَ مالَ الكِتابَةِ ، أو يُوَكِّلَ مَن يَفْعَلُ ذلك ، فإن فَعَلَه فى أوَّلِ حالِ الإمكانِ عندَ خُرُوجِ القافلةِ ، إن كان لا يُمْكِنُه الخروجُ إلَّا معها ، لم يَجُزِ الفَسْخُ ، (1)وإن أخَّرَه مع الإمكانِ ، ومَضَى زَمَنُ المَسِيرِ ، ثَبَتَ للسيدِ خيارُ الفَسْخِ ، وإن كان قد جَعَلَ للوكيلِ الفَسْخَ(1) عندَ امتناعِ المُكاتَبِ مِن الدَّفْعِ إليه ، جازَ ، وله الفَسْخُ إذا ثَبَتَتْ وَكالَتُه ببَيِّنَةٍ ، بحيث يَأْمَنُ المُكاتَبُ إنْكارَ السيدِ ، فإن لم يَثْبُتْ ذلك ، لم يَلْزَمِ المُكاتَبَ الدَّفْعُ إليه ، وكان

الإنصاف

فائدة : حيثُ جوَّزْنا له الفَسْخَ ، فإنَّه لا يحْتاجُ إلى حُكْمِ حاكمٍ .

(1 - 1) سقط من : الأصل .

المقنع

وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ فَسْخُهَا بِحَالٍ . وَعَنْهُ ، لَهُ ذَلِكَ .

الشرح الكبير

له عُذْرٌ يَمْنَعُ جوازَ الفَسْخِ ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ أن يُسَلِّمَ إليه فيُنْكِرَ السيدُ وكالَتَه ويَرْجِعَ على المُكاتَبِ بالمالِ ، وسَواءٌ صَدَّقَه فى أنَّه وكيلٌ أو كَذَّبَه . فإن كَتَبَ حاكِمُ البَلَدِ الذى فيه السيدُ إلى حاكِمِ البَلدِ الذى فيه المُكاتَبُ لِيَقْبِضَ منه المالَ ، لم يَلْزَمْه ذلك ؛ لأنَّ هذا تَوْكِيلٌ لا يَلْزَمُ الحاكمَ الدُّخولُ فيه ، فإنَّ الحاكمَ لا يُكَلَّفُ القَبْضَ للبالغِ الرَّشِيدِ ، فإنِ اخْتار القَبْضَ جَرَى مَجْرَى الوَكِيلِ ، ومتى قَبَضَ منه المالَ عَتَقَ .

٣٠٢٤ – مسألة : (وليس للعبدِ فَسْخُها بحالٍ) لأنَّها عَقْدٌ لازِمٌ ، ومَقْصُودُها ثُبُوتُ الحُرِّيَّةِ فى العبدِ ، وذلك حَقٌّ للهِ تعالى ، فلا يَمْلِكُ العَبْدُ فَسْخَه وإن كان له فيه حَظٌّ (وعنه ، له ذلك) لأنَّ العَقْدَ لحظِّه ، فمَلَكَ فَسْخَه ، كالمُرْتَهِنِ له فَسْخُ الرَّهْنِ دونَ الرَّاهِنِ ، وإنِ اتَّفَقَ هو والسيدُ على فَسْخِها جاز ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، فجازَ باتِّفاقِهما ، كفَسْخِ البَيْعِ والإِجارَةِ .

الإنصاف

قوله : وليس للعَبْدِ فَسْخُها . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وعنه ، له ذلك . قال فى « الفُروعِ » : وحُكِيَ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، للعَبْدِ فسْخُها . قال الزَّرْكَشِيُّ : ووقَع فى « المُقْنِعِ » ، و « الكافِى » رِوايَةٌ بأنَّ للعَبْدِ فسْخَها . قال : والظَّاهِرُ أنَّه وَهْمٌ ، والذى يَنْبَغِى حمْلُ ذلك عليه ، أنَّ له الفَسْخَ إذا امْتنَعَ مِنَ الأداءِ ، وهذا كما قال ابنُ عَقِيلٍ ، والشِّيرازِىُّ ، وابنُ البَنَّا : إنَّها لازِمَةٌ مِن جِهَةِ السَّيِّدِ ، جائِزَةٌ مِن جِهَةِ العَبْدِ . وفسَّرُوا ذلك بأنَّ له الامْتِناعَ مِنَ الأداءِ ، فيمْلِكُ السَّيِّدُ الفَسْخَ . انتهى .

المقنع وَلَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ مِنْ مُكَاتَبِهِ ، ثُمَّ مَاتَ ، انفَسَخَ النِّكَاحُ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَنْفَسِخَ حَتَّى يَعْجِزَ .

الشرح الكبير **٣٠٢٥** – مسألة : (ولو زَوَّجَ ابْنَتَه مِن مُكاتَبِه ، ثم مات ، انْفَسخَ النِّكاحُ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَنفَسِخَ حَتى يَعْجِزَ) إذا زَوَّجَ السيدُ [٥٨/٦ و] ابْنَتَه مِن مُكاتَبِه برِضاها ، ثم مات السيدُ وكانت مِن الوَرَثَةِ ، انْفَسَخَ النِّكاحُ . وبهذا قال الشافعيُّ . (١)وقال أبو حنيفةَ : لا يَنْفَسِخُ النكاحُ(١) ؛ لأنَّها لا تَرِثُه ، وإنَّما تَمْلِكُ نَصِيبَها مِن الدَّيْنِ الذى عليه ، بدَليلِ أنَّ الوارِثَ لو أبْرأ المُكاتَبَ مِن الدَّيْنِ عَتَقَ ، وكان الوَلاءُ للمَيِّتِ لا للوَارِثِ ، فإن عَجَزَ وعادَ رَقِيقًا قِنًّا(٢) انْفَسَخَ النِّكاحُ حِينَئذٍ ؛ لأنَّها مَلَكَتْ نَصِيبَها منه . ولَنا ، أنَّ المُكاتَبَ مَملوكٌ لسَيِّدِه ، لا يَعْتِقُ بمَوْتِه ، فوجَبَ أن يَنْتَقِلَ إلى وَرَثَتِه ، كسائرِ أمْلاكِه ، ولأنَّها لا يجوزُ لها ابْتِداءُ نِكاحِه ؛ لأجْلِ المِلْكِ ، فانْفَسَخَ نِكاحُها بتَجدُّدِ ذلك فيه ، كالعبدِ القِنِّ . وأمَّا كونُ الولاءِ للمَيِّتِ ، فلأنَّ السَّبَبَ وُجِدَ منه ، فنُسِبَ العِتْقُ إليه ، وثَبَتَ الولاءُ له . إذا ثَبَتَ هذا ،

الإنصاف **فائدة** : لو اتَّفَقا على فَسْخِها ، جازَ . جزَم به فى « الكافِى » وغيرِه . [١٥٢/٣ظ] قال فى « الفُروعِ » : ويتوَجَّهُ ، لا يجوزُ ، كحَقِّ اللهِ .

قوله : ولو زَوَّجَ ابْنَتَه مِن مُكاتَبِه ، ثم ماتَ ، انْفَسَخَ النِّكاحُ . يعْنِى ، إذا كانتْ وارِثَةً مِن أبِيها ، وكان النِّكاحُ صحيحًا . وهذا المذهبُ . جزَم به فى « الشَّرْحِ » وغيرِه . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا المذهبُ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ،

(١ – ١) فى م : « ويحتمل أن لا ينفسخ حتى يعجز . وبه قال أبو حنيفة » .
(٢) فى م : « قلنا » .

المقنع

وَيَجِبُ عَلَى سَيِّدِهِ أَنْ يُؤْتِيَهُ رُبْعَ مَالِ الْكِتَابَةِ ، إِنْ شَاءَ وَضَعَهُ عَنْهُ ، وَإِنْ شَاءَ قَبَضَهُ ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَيْهِ .

الشرح الكبير

فلا فَرْقَ بينَ أن تَرِثَه كلَّه أو تَرِثَ بعضَه ؛ لأنَّها إذا مَلَكَتْ منه جُزْءًا انْفَسَخَ النِّكاحُ فيه ، فبَطَلَ فى باقِيه ؛ لأنَّه لا يَتَجزأُ[1] . فإن كانت لا تَرِثُ أباها لمانِعٍ مِن مَوانِعِ الميراثِ ، فنِكاحُها باقٍ بحالِه . والحكْمُ فى سائِرِ الوَرَثَةِ مِن النِّساءِ كالحكمِ فى البنتِ . وكذلك لو تَزَوَّجَ رجلٌ مُكاتَبَةً ، فوَرِثَها أو بعضَها ، انْفَسَخَ نِكاحُه ؛ لذلك .

٣٠٢٦ – مسألة : (ويَجِبُ على السيدِ أن يُؤْتِيَه رُبْعَ مالِ الكِتابَةِ ، إن شاءَ وَضَعَه عنه ، وإن شاءَ قَبَضَه ثم دَفَعَه إليه) الكلامُ فى الإِيتاءِ فى خمسةِ فُصُولٍ : وُجُوبِه ، وقَدْرِه ، وجِنْسِه ، ووَقْتِ جَوازِه ، وَوَقْتِ وُجوبِه .

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يُفْسَخَ حتى يعْجزَ .

فائدة : الحُكْمُ فى سائرِ الوَرَثَةِ مِنَ النِّساءِ ، إذا كانتْ زَوْجَةً له ، كالحُكْمِ فى البِنْتِ . وكذا لو تزَوَّجَ رجُلٌ مُكاتَبَةً فورِثَها أو بعضَها ، انْفَسَخَ نِكاحُه . ويأْتِى ؛ إذا ملَكَ الحُرُّ زَوْجَتَه أو بعضَها ، فى بابِ المُحَرَّماتِ فى النِّكاحِ .

قوله : ويجبُ على سَيِّدِه أَنْ يُؤْتِيَه رُبْعَ مالِ الكِتابَةِ ، إنْ شاءَ وضَعَه عنه ، وإنْ شاءَ قَبَضَه ثم دفَعَه إليه . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وُجوبُ إيتاءِ العَبْدِ رُبْعَ مالِ الكِتابَةِ ، وعليه الأصحابُ . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وذكَر فى « الرَّوْضَةِ » رِوايَةً ،

---

(١) فى م : « ينجز » .

الشرح الكبير

الفصل الأوَّلُ : أنَّه يَجِبُ على السيدِ إيتاءُ المُكاتَبِ شيئًا ممَّا كُوتِبَ عليه . رُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وبه قال الشافعىُّ ، وإسحاقُ . وقال بُرَيْدَةُ ، والحسنُ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، ومالكٌ ، وأبو حنيفةَ : ليس بواجبٍ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فلا يَجِبُ فيه الإِيتاءُ ، كسائرِ عُقُودِ المُعاوَضاتِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ ﴾(1) . وظاهِرُ الأمْرِ الوُجُوبُ . قال علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : ضَعُوا عنهم(2) رُبْعَ مالِ الكِتابَةِ(3) . وعن ابنِ عباسٍ ، قال : ضَعُوا عنهم مِن مُكاتَبَتِهم(4) شيئًا(5) . وتُفارِقُ الكِتابَةُ سائِرَ العُقُودِ ، فإنَّ القَصْدَ بها رِفْقُ العبدِ ، بخِلافِ غيرِها ، ولأنَّ الكِتابَةَ يَسْتَحِقُّ بها الوَلاءَ على العبدِ مع المُعاوَضَةِ ، فكذلك يَجِبُ أن يَسْتَحِقَّ العبدُ على السيدِ شيئًا . فإن قِيلَ : المُرادُ بالإِيتاءِ إعْطاؤُه سَهْمًا مِن الصَّدَقَةِ ، والنَّدْبُ إلى التَّصَدُّقِ عليه ، وليس ذلك وَاجِبًا ، بدليلِ أنَّ العَقْدَ يُوجِبُ العِوَضَ عليه ، فكيف يَقْتَضِى إسْقاطَ شىءٍ منه ؟ قُلْنا : أمَّا الأوَّلُ ، فإنَّ عَلِيًّا ، وابنَ عباسٍ ، رَضِىَ اللهُ

الإنصاف

وقدَّمها ؛ أنَّه لا يجبُ ، وأنَّ الأَمْرَ فى الآيَةِ(1) للاسْتِحْبابِ . وظاهِرُ « مُخْتَصَرِ ابنِ رَزِينٍ » ، أنَّ فيه خِلافًا ؛ فإنَّه قال : وعنه ، يَعْتِقُ بمِلْكِ ثَلاثَةِ أرْباعِها ، إنْ

---

(1) سورة النور ٣٣ .

(2) فى م : « عنه » .

(3) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٨/٣٧٥ ، ٣٧٦ . والبيهقى ، فى السنن الكبرى ١٠/٣٢٩ مرفوعًا وموقوفًا .

(4) فى الأصل : « كتابتهم » .

(5) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى تفسير قوله عز وجل : ﴿ وءاتوهم من مال الله ... ﴾ ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ١٠/٣٣٠ .

الشرح الكبير

عنهما ، فسَّراه بما ذكرناه ، وهما أعْلَمُ بتأوِيلِ القُرآنِ ، وحَمْلُ الأمْرِ على النَّدْبِ يُخالِفُ مُقْتَضَى الأمْرِ ، فلا يُصارُ إليه إلَّا بدليلٍ . وقولُهم : إنَّ العَقْدَ يُوجِبُ عليه ، فلا يَسْقُطُ عنه . قُلْنا : إنَّما يَجِبُ الرِّفْقُ به عندَ آخِرِ كِتابَتِه ، (١)رفْقًا به(١) ، ومُواساةً له ، وشكرًا لنِعْمَةِ اللهِ تعالى ، كما تَجِبُ الزَّكاةُ مُواساةً مِن النِّعْمَةِ التى أنعَمَ اللهُ تعالى بها على عَبْدِه . ولأنَّ العَبْدَ وَلِىَ جَمْعَ(٢) هذا المالِ [٥٨/٦ ظ] وتَعِبَ فيه فاقْتَضَى الحالُ مُواساتَه منه ، كما أمَرَ النبىُّ ﷺ بإطْعام عَبْدِه مِن الطَّعامِ الذى وَلِىَ حَرَّه ودُخَانَه(٣) . واخْتَصَّ هذا بالوُجُوبِ ؛ لأنَّ فيه مَعُونَةً على العِتْقِ ، وإعانَةً لمن يَحِقُّ على اللهِ تعالى عَوْنُه ، فإنَّ أبا هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « ثَلاثَةٌ حَقٌّ عَلَى اللهِ

الإنصاف

لَزِمَ إيتاءُ الرُّبْعِ . قال فى « الفائقِ » : قلتُ : وفى وُجوبِه نظرٌ ؛ للاخْتِلافِ فى مَدْلولِ الآيَةِ وفى التَّقْديرِ . انتهى . قلتُ : ظاهِرُ الآيَةِ وُجوبُ الإيتاءِ ، لكِنَّ ذلك غيرُ مُقَدَّرٍ ، فأىَّ شىءٍ أعْطاه ، فقد سقَط الوُجوبُ عنه وامْتَثَلَ ، وقد فسَّرَها ابنُ عَبَّاسٍ ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « جميع » .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب الأكل مع الخادم . من كتاب الأطعمة ، صحيح البخارى ١٠٦/٧ . ومسلم ، فى : باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٤/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى الخادم يأكل مع المولى ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٣٢٨/٢ ، ٣٢٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الأكل مع المملوك والعيال ، من أبواب الأطعمة . عارضة الأحوذى ٤٤/٨ . وابن ماجه ، فى : باب إذا أتاه خادمه بطعامه فليناوله منه ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ١٠٩٤/٢ . والدارمى ، فى : باب فى إكرام الخادم عند الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمى ١٠٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٤٥/٢ ، ٢٥٩ ، ٢٧٧ ، ٢٨٣ ، ٢٩٩ ، ٣١٦ ، ٤٠٦ ، ٤٠٩ ، ٤٣٠ ، ٤٦٤ ، ٤٧٣ .

الشرح الكبير

تَعَالَى عَوْنُهُم ؛ المُجَاهِدُ فى سَبِيلِ اللهِ ، والمُكاتَبُ الَّذى يُرِيدُ الأَدَاءَ ، والنَّاكِحُ الَّذِى يُرِيدُ العَفَافَ » . قال التِّرْمِذِىُّ[1] : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ .

الفصل الثانى : فى قَدْرِه ، وهو الرُّبْعُ . ذَكَرَه الخِرَقِىُّ ، وأبو بكرٍ ، وغيرُهما مِن أصْحابِنا . رُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وقال قتادَةُ : العُشْرُ . وقال الشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : يُجْزِئُ ما يَقَعُ عليه الاسْمُ . وهو قولُ مالكٍ ، إلَّا أنَّه عِندَه مُسْتَحَبٌّ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَـٰكُمْ ﴾ . و« مِن » للتَّبْعِيضِ ، والقَلِيلُ بعضٌ ، فيُكْتَفَى به . وقال ابنُ عباسٍ : ضَعُوا عَنْهم مِن مُكاتَبَتِهم شيئًا . ولأنَّه قد ثَبَتَ أنَّ المُكاتَبَ لا يَعْتِقُ حتَّى يُؤَدِّىَ جَمِيعَ الكِتابَةِ ، بما ذَكَرْنا مِن الأَخْبارِ ، ولو وَجَبَ إيتاؤُه الرُّبْعَ ، لوَجَبَ أن يَعْتِقَ إذا أدَّى ثَلاثَةَ أرْباعِ الكِتابةِ ، ولا يَجِبُ عليه أداءُ مالٍ يجبُ رَدُّه إليه . وقد رُوِىَ عن ابنِ عمرَ ، أنَّه كاتَبَ عبْدًا له على خَمْسَةٍ وثلاثين أَلْفًا ، فأخَذَ منه ثلاثين ، وتَرَكَ له خَمْسَةً[2] . ولَنا ، ما رَوَى أبو بكرٍ بإسْنادِه عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، عن النبىِّ ﷺ :

الإنصاف

رَضِىَ اللهُ عنهما ، بذلك . هذا ما لم يَصِحَّ الحديثُ[3] ، فإنْ صحَّ الحديثُ ، فلا كلامَ .

---

(١) فى : باب ما جاء فى المجاهد والناكح والمكاتب ... ، من أبواب فضائل الجهاد . عارضة الأحوذى ٧/١٥٧ .
كما أخرجه النسائى ، فى : باب معونة الله الناكح الذى يريد العفاف ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٥٠ . وابن ماجه ، فى : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/٨٤٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٥١ ، ٤٣٧ .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٠/٣٣٠ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٠ .

الشرح الكبير

﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ ﴾ . قال : « رُبْعُ المُكاتَبةِ[1] »[2] . ورُوِىَ مَوْقُوفًا على[3] علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . ولأنَّه مالٌ يَجبُ إيتاؤُه مُواساةً بالشَّرْعِ ، فكان مُقدَّرًا ، كالزَّكاةِ ، ولأنَّ حِكْمَةَ إيجابه الرِّفْقُ بالمُكاتَبِ وإعانَتُه على تَحْصِيلِ العِتْقِ ، وهذا لا يَحْصُلُ باليَسيرِ الذى هو أقَلُّ ما يَقَعُ عليه الاسْمُ ، فلم يَجُزْ أن يكونَ هو الواجبَ ، وقولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ ﴾ . إذا وَرَدَ غيرَ مُقدَّرٍ فيه ، فإنَّ السنةَ بَيَّنَتْه وقدَّرَتْه ، كالزَّكاةِ .

الفصل الثالث : فى جِنْسِه ، إن قَبَضَ مالَ الكِتابةِ ، ثم أعْطاه منه ، أجْزأ ؛ لأنَّ الآيَةَ تَقْتَضِيه . وإن وَضَعَ عنه ممَّا وَجَبَ عليه جاز ؛ لأنَّ الصَّحابَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، فَسَّرُوا الآيَةَ بذلك ، ولأنَّه أبْلَغُ فى النَّفْعِ ، وأعْوَنُ على حُصُولِ العِتْقِ ، فيكونُ أفْضَلَ مِن الإيتاءِ ، وتَدُلُّ الآيَةُ عليه مِن طَرِيقِ التَّنْبيهِ . وإن أعْطاه مِن جِنْسِ مالِ الكتابةِ مِن غيرِه جاز . ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَ المُكاتَبَ قَبُولُه . وهذا ظاهِرُ كلامِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أمَرَ بالإيتاءِ منه . ولَنا ، أنَّه لا فَرْقَ فى المعنى بينَ الإيتاءِ منه والإيتاءِ

الإنصاف

فائدة : إنْ أعْطاه السَّيِّدُ مِن جِنْسِ مالِ الكِتابَةِ ، لَزِمَه قَبُولُه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يلْزَمُه إلَّا إذا كان منها ؛ لظاهِرِ الآيَةِ . وإنْ أعْطاه مِن غيرِ جِنْسِها ؛ مِثلَ أنْ يُكاتِبَه على دَراهِمَ فيُعْطِيَه دَنانِيرَ أو عُروضًا ، لم يلْزَمْه قَبُولُه ، على

(١) فى الأصل : « الكتابة » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٠ .

(٣) فى م : « عن » .

الشرح الكبير

مِن غيرِه ، إذا كان مِن جِنْسِه ، فوَجَبَ أن يَتَساوَيا فى الإِجْزاءِ ، كالزَّكاةِ ، وغيرُ المَنْصُوصِ إذا كان فى مَعْناه أُلْحِقَ به ، ولذلك جاز الحَطُّ عنه ، وليس هو بإيتاءٍ ، لمَّا كان فى مَعْناه . وإن آتاه مِن غيرِ جِنْسِه ، مثلَ أن يُكاتِبَه على دَراهِمَ ، فيُعْطِيَهُ دَنانِيرَ أو عُرُوضًا ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه ؛ لأنَّه لم يُؤْتِه منه ولا مِن جِنْسِه . ويَحْتَمِلُ اللُّزُومَ ؛ لحصولِ الرِّفْقِ به ، فإنْ رَضِىَ المُكاتَبُ بها جازَ .

الفصل الرابع : فى وَقْتِ جوازِه ، وهو مِن حين العَقْدِ ؛ (١)لقولِ اللهِ تعالى(١) : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَءَاتُوهُم ﴾ . وذلك يَحْتاجُ إليه مِن حينِ العَقْدِ ، وكلَّما عَجَّلَه كان أفْضَلَ ؛ لأنَّه يكونُ أنْفَعَ ، كالزَّكاةِ .

الفصل الخامس : فى وقتِ وُجُوبه ، وهو حينَ العِتْقِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أمَرَ بإيتائِه مِن المالِ الذى آتاه ، وإذا آتَى المالَ عَتَقَ ، فيَجِبُ إيتاؤُه حينَئِذٍ . قال علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : الكِتابةُ على نَجْمَيْن ، والإيتاءُ مِن الثانى[٢] . فإن مات السيدُ قبلَ إيتائِه فهو دَيْنٌ فى تَرِكَتِه ؛ لأنَّه حَقٌّ واجِبٌ ، فهو كسائِرِ دُيُونِه ، فإن ضاقَتِ التَّرِكَةُ عنه وعن غيرِه مِن الدُّيُونِ ، تحاصُّوا فى التَّرِكَةِ

الإنصاف

الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يلْزَمُه . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . قلتُ : والنَّفْسُ تميلُ إلى ذلك .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠٧ .

المقنع

فَإِنْ أَدَّى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ مَالِ الْكِتَابَةِ وَعَجَزَ عَنِ الرُّبْعِ ، عَتَقَ ، وَلَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ فِى قَوْلِ الْقَاضِى وَأَصْحَابِهِ .

الشرح الكبير

بقَدْرِ حُقُوقِهم ، ويُقَدَّمُ على الوَصايَا ؛ لأنَّه دَيْنٌ ، وقد قَضَى النبىُّ ﷺ أنَّ الدَّيْنَ قبلَ الوَصِيَّةِ[1] .

٣٠٢٧ – مسألة : (فإن أدَّى ثلاثةَ أرْباعِ الكتابةِ وعَجَزَ عن الرُّبْعِ ، عَتَقَ ، ولم تَنْفَسِخِ الكِتابَةُ فى قَوْلِ القاضِى وأصحابِه) وهو قولُ أبى بَكْرٍ ؛ لأنَّه يَجِبُ رَدُّه إليه ، فلا يُرَدُّ إلى الرِّقِّ لعَجْزِه عنه ؛ لأنَّه عَجَز عن أداءِ حَقٍّ هو له[2] لا حَقَّ للسيدِ فيه ، فلا مَعْنَى لتَعْجِيزِه فيما يَجِبُ رَدُّه إليه . وقال علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : يَعْتِقُ بقَدْرِ ما أدَّى[3] . لما رَوَى ابنُ عباسٍ ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « إذا أصَابَ المُكاتَبُ حَدًّا أو مِيرَاثًا ، وَرِثَ بحِسَابِ ما عَتَقَ مِنْهُ ، ويُؤَدِّى المُكاتَبُ بحِصَّةِ ما أدَّى دِيَةَ حُرٍّ ، ومَا بَقِىَ دِيَةَ عَبْدٍ » . رَواه التِّرْمِذِىُّ[4] . وقال : حديثٌ حَسَنٌ . ورُوِىَ عن عمرَ ، وعلىٍّ ، أنَّه إذا أدَّى الشَّطْرَ فلا رِقَّ عليه[5] . ورُوِىَ ذلك عن

الإنصاف

قوله : وإنْ أَدَّى ثَلاثَةَ أَرْباعِ المالِ وعجَز عَنِ الرُّبْعِ ، عتَق ، ولم تنْفَسِخِ الكِتابَةُ فى قَوْلِ القاضى وأَصحابه . واخْتارَه أبو بَكْرٍ . قال فى « الكافِى » : قال أصحابُنا : إذا أدَّى ثَلاثَةَ أرْباعِ كِتابَتِه وعجَز عن الرُّبْعِ ، عتَق . قال فى

(١) تقدم تخريجه فى ١٤٦/١٧ .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) تقدم تخريجه فى ٣٨١/١٨ .
(٤) تقدم تخريجه فى ٣٨١/١٨ .
(٥) تقدم تخريجه فى ٣٨١/١٨ .

المقنع وَظَاهِرُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ حَتَّى يُؤَدِّيَ جَمِيعَ الْكِتَابَةِ .

الشرح الكبير النَّخَعِيِّ . وقال عبدُ اللهِ بنُ مسعودٍ : إذا أدَّى قَدْرَ قِيمَتِه فهو غَرِيمٌ (وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أنَّه لا يَعْتِقُ حتَّى يُؤَدِّيَ جَمِيعَ الكِتابَةِ) وروَى الأثْرَمُ ، عن عمرَ وابْنِه ، وزيدِ بنِ ثابتٍ ، وعائشةَ ، وسعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، والزُّهْرِيِّ ، أنَّهم قالوا : المُكاتَبُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ . وهو قولُ القاسمِ ، وسالمٍ ، وسليمانَ بنِ يسارٍ ، وعطاءٍ ، وقتادَةَ ، والثَّوْرِيِّ ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، ومالكٍ ، والأوْزاعِيِّ ، والشافعيِّ ، وإسحاقَ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . ورُوِيَ ذلك عن أُمِّ سَلَمَةَ ؛ لِما روَى سعيدٌ بإسْنادِه[1] : ثنا هُشَيْمٌ ، عن حَجَّاجٍ ، عن عمرِو بنِ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « أَيُّما رَجُلٍ كاتَبَ غُلَامَهُ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ ، فَعَجَزَ عَنْ عَشْرِ أَوَاقٍ ، فَهُوَ رَقِيقٌ »[2] . وعن عمرِو بنِ شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّه ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « المُكاتَبُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ » . رَواه أبو داودَ[3] . ولأنَّه عِوَضٌ عن المُكاتَبِ ، فلا يَعْتِقُ قبلَ أدائِه ،

الإنصاف « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم : إذا أدَّى ثلاثةَ أرْباعِ المالِ ، وعجَز عن الرُّبْعِ ، لم يَجُزْ للسَّيِّدِ الفَسْخُ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أنَّه لا يَعْتِقُ حتى يُؤَدِّيَ جميعَها . وهو رِوايَةٌ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . وهو المذهبُ . قال في « المُسْتَوْعِبِ » : هي المَشْهورَةُ . وجزَم به في « الوَجيزِ » . وقدَّمه في

---

(١) سقط من : م .
(٢) تقدم تخريجه في ٣٠٠/٦ .
(٣) تقدم تخريجه في ٣٠٠/٦ .

الشرح الكبير

كالقَدْرِ المُتَّفَقِ عليه ، ولأنَّه لو عَتَقَ بَعْضُه لسَرَى إلى باقِيه ، كما لو باشَرَه بالعِتْقِ . فأمَّا حديثُ ابنِ عباسٍ ، فمَحْمُولٌ على مُكاتَبٍ لرَجُلٍ مات وخَلَّفَ ابْنَيْن ، فأقَرَّ أحَدُهما بكتابَتِه وأنْكَرَ الآخَرُ ، فأدَّى إلى المُقِرِّ ، (١)وما أشْبَهَها(١) مِن الصُّوَرِ ، جَمْعًا بينَ الأخْبارِ ، وتَوْفِيقًا بينَها وبينَ [٥٩/٦ ظ] القِياسِ ، ولأنَّ قولَ النبيِّ ﷺ : « إذَا كَانَ لإحْدَاكُنَّ مُكاتَبٌ ، (٢)وكان عِندَه(٢) ما يُؤَدِّى ، فَلْتَحْتَجِبْ منه »(٣) . دليلٌ على اعْتِبارِ جميعِ ما يُؤَدِّى . ورَوَى سعيدٌ بإسْنادِه عن أبى قِلابَةَ قال : كُنَّ - أزْوَاجُ رسولِ اللهِ ﷺ - لا يَحْتَجِبْنَ من مُكاتَبٍ(٤) ما بَقِىَ عليه دِينارٌ(٥) . ويجوزُ أن يَتوقَّفَ العِتْقُ على أداءِ الجميعِ وإن وَجَب رَدُّ البَعْضِ إليه ، كما لو قال : إذا أدَّيْتَ إلَىَّ فأنْتَ حُرٌّ ، ولله علَىَّ رَدُّ رُبْعِها إليك . فإنَّه لا يَعْتِقُ حتَّى يُؤَدِّيَها ، وإن وَجَبَ عليه رَدُّ بعضِها .

الإنصاف

« الكافِى » . واخْتارَه المُصَنِّفُ وغيرُه . قال فى « المُحَرَّرِ » : وظاهِرُ قَوْلِ أبِى الخَطَّابِ ، عَدَمُ العِتْقِ ومَنْعُ السَّيِّدِ مِنَ الفَسْخِ . وقد تقدَّم لَفْظُه فى « الهِدايَةِ » وغيرِه . وقال فى « الفُروعِ » : فإنْ أدَّى ثلاثةَ أرْباعِ المالِ ، وعنه ، أو أكْثَرَ منه ، وعجَز عن الباقى ، لم يَعْتِقْ ، ولسيِّدِه فسْخُها فى أنَصِّ الرِّوايتَيْن فيهما . وقال فى « التَّرْغيبِ » : وفى عِتْقِه بالتَّقاصِّ رِوايَتان . ولم يذْكُرِ العَجْزَ . قال : ولو أبْرَأه مِن

(١ - ١) فى الأصل : « أو ما أشبههما » .

(٢ - ٢) فى الأصل : « فملك » .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٨/٣٨٠ .

(٤) سقط من : م .

(٥) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٠/٣٢٥ .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِذَا كَاتَبَ عَبِيدًا [١٩٨ظ] لَهُ كِتَابَةً وَاحِدَةً بِعِوَضٍ وَاحِدٍ صَحَّ ، ....

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وإذا كاتَبَ عَبِيدًا له كتابةً واحدَةً بعِوَضٍ واحِدٍ صَحَّ) (١وذلك١) مثل أن يُكاتِبَ ثَلاثَةَ أعْبُدٍ له بألفٍ ، فيَصِحُّ فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم عطاءٌ ، وسليمانُ بنُ موسى ، وأبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والحسنُ بنُ صالحٍ ، وإسحاقُ . وهو المَنْصُوصُ عن الشافعىِّ . وقال بعضُ أصحابه : فيه قولٌ آخَرُ ، أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ العَقْدَ مع ثلاثةٍ كعُقُودٍ ثَلاثَةٍ ، وعِوَضُ كُلِّ واحِدٍ منهم مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو باعَ كلَّ واحِدٍ منهم لواحِدٍ صَفْقَةً واحدة بعِوَضٍ واحِدٍ . ولَنا ،

الإنصاف

بعضِ النُّجومِ ، أو أدَّاه إليه ، لم يَعْتِقْ به على الأصحِّ . وأنَّه لو كان على سيِّدِه مثلُ النُّجومِ ، عتَق على الأصحِّ . انتهى . وقال فى « الفائقِ » : ولو أدَّى ثلاثةَ أرْباعِه وعجَز عن رُبْعِه ، لم يعْتِقْ فى أحَدِ الوَجْهَيْن . اخْتارَه الشَّيْخُ . وقال أبو بَكْرٍ ، والقاضى : يَعْتِقُ ، وللسَّيِّدِ الفَسْخُ . نصَّ عليه . وقيل : لا . انتهى . وقال فى « الرِّعايتَيْن » : فإنْ أدَّى ثَلاثَةَ أرْباعِه وعجَز عن رُبْعِه ، لم يَعْتِقْ فى الأصحِّ ، ولسيِّدِه الفَسْخُ . نصَّ عليه . وقيل : لا . وقال فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » : فإنْ أدَّى ثَلاثَةَ أرْباعِه وعجَز عن رُبْعِه ، لم يعْتِقْ فى الأصحِّ ، ولسيِّدِه الفَسْخُ . نصَّ عليه . وقال أبو بَكْرٍ : لم يجُزْ للسَّيِّدِ الفَسْخُ . وصحَّح فى « النَّظْمِ » أنَّه لا يَعْتِقُ ، ويمْلِكُ الفَسْخَ . نصَّ عليه . وقال أبو الخَطَّابِ : لا يمْلِكُ .

قوله : وإنْ كاتَبَ عَبِيدًا له كِتابَةً واحِدَةً بعِوَضٍ واحِدٍ ، صَحَّ ، ويُقَسَّطُ العِوَضُ

(١ - ١) سقط من : م .

المقنع

وَيُقَسَّطُ الْعِوَضُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ قِيمَتِهِمْ ، وَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُكَاتَبًا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ ، يَعْتِقُ بِأَدَائِهَا ، وَيَعْجِزُ بِالْعَجْزِ عَنْهَا وَحْدَهُ .

الشرح الكبير

أنَّ جُملةَ العِوَضِ مَعْلُومَةٌ ، وإنَّما جُهِلَ تَفْصِيلُه ، فلم يَمْنَعْ صِحَّةَ العَقْدِ ، كما لو باعَهُم لواحِدٍ . وعلى قولِ مَن قال : إنَّ العِوَضَ يكونُ بينَهم على السَّوَاءِ . فقد عُلِمَ أيضًا تفصِيلُ العِوَضِ ، وعلى كلِّ واحدٍ منهم ثُلُثٌ ، وكذا يقولُ فيما لو باعَهم لِثلاثةٍ .

٣٠٢٨ – [١]مسألة : (ويُقَسَّطُ العِوَضُ بينَهم على قَدْرِ قِيمَتِهم ، ويكونُ كلُّ واحدٍ منهم مُكاتَبًا بقَدْرِ حِصَّتِه ، يَعْتِقُ بأدائِها ، ويَعْجِزُ بالعَجْزِ عنها وحدَه)[١] . إذا ثَبَتَ هذا ، [٢]فإنَّ كلَّ[٢] واحِدٍ منهم[٣] مُكاتَبٌ بحِصَّتِه مِن الألْفِ ، يُقْسَمُ بينَهم على قَدْرِ قِيمَتِهم حينَ العَقْدِ ؛ لأنَّه حينُ المُعاوضَةِ وزوالِ سُلْطانِ السيدِ عنهم ، فإذا أدَّاهُ عَتَقَ . وهذا قولُ عَطاءٍ ،

الإنصاف

بينَهم على قَدْرِ قِيمَتِهم – يومَ العَقْدِ – ويكونُ كُلُّ واحِدٍ منهم مُكاتَبًا بقَدْرِ حِصَّتِه ، يَعْتِقُ بأدائِها ، ويعْجِزُ بالعَجْزِ عنها وَحْدَه . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : اخْتارَه القاضى وأصحابُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و «الخُلاصةِ»، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه ،

(١ – ١) سقط من : م .
(٢ – ٢) فى م : « فكل » .
(٣) سقط من: الأصل .

المقنع وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : الْعِوَضُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ ، وَلَا يَعْتِقُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ حَتَّى تُؤَدَّى جَمِيعُ الْكِتَابَةِ .

الشرح الكبير وسليمانَ بن موسى ، والحسنِ بن صالحٍ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ . (وقال أبو بكرٍ) عبدُ العزيزِ : يَتَوَجَّهُ لأبى عبدِ اللهِ قولٌ آخرُ ، أنَّ (العِوَضَ بينَهم) على عَدَدِ[1] رُءوسِهم ، فيَتَساوَوْن فيه ؛ لأنه أُضِيفَ إليهم إضافةً واحِدَةً ، فكان بينَهم بالسَّوِيَّةِ ، كما لو أقرَّ لهم بشىءٍ . ولَنا ، أنَّ هذا عِوَضٌ ، فيَتَقَسَّطُ على المُعَوَّضِ ، كما لو اشْتَرَى شِقْصًا وسَيْفًا ، وكما لو اشْتَرَى عَبِيدًا فرَدَّ واحدًا منهم بعَيْبٍ ، أو تَلِفَ أحدُهم ورَدَّ الآخَرَ . ويُخالِفُ الإقْرارَ ؛ فإنَّه ليس بعِوَضٍ . إذا ثَبَتَ ذلك ، فأيُّهم أدَّى حِصَّتَه عَتَقَ . وهذا قولُ الشافعىِّ . وقال ابنُ أبى موسى : (لا يَعْتِقُ واحدٌ منهم حتى تُؤَدَّى جَمِيعُ الكِتابةِ) وحُكِىَ ذلك عن أبى بكرٍ . وهو قولُ مالكٍ . وحُكِىَ عنه ،

الإنصاف وقالا : هذا أصحُّ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . قال أبو بَكْرٍ : العِوَضُ بينَهم على عددِهم ، [٣/١٥٢و] ولا يعْتِقُ واحدٌ منهم حتى تُؤَدَّى جميعُ الكِتابَةِ . واخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى . قال فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةَ عشْرَةَ بعدَ المائةِ » : ونقَل مُهَنَّا ما يشْهَدُ لذلك . وذكَر الاخْتِلافَ فى مأْخَذِ هذا القَوْلِ .

فائدة : لو شرَط عليهم فى العَقْدِ ضَمانَ كلِّ واحدٍ منهم عنِ الباقِينَ ، فسَد الشَّرْطُ وصحَّ العَقْدُ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ » . وعنه ، صِحَّةُ الشَّرْطِ أيضًا . ذكَرها أبو الخَطَّابِ . وخرَّجه ابنُ حامِدٍ وَجْهًا ؛ بناءً على

---

(١) فى الأصل : « قدر » .

الشرح الكبير

أنَّه[1] إذا امْتَنَعَ أحدُهم عن[2] الكَسْبِ مع القُدْرَةِ عليه أُجْبِرَ عليه الباقُون . واحْتَجُّوا بأنَّ الكِتابَةَ واحِدَةٌ ؛ بدليلِ أنَّه لا يَصِحُّ مِن كلِّ واحِدٍ منهم الكتابةُ بقَدْرِ حِصَّتِه دُونَ الباقِين ، ولا يَحْصُلُ العِتْقُ إلَّا بأداءِ جميعِ الكِتابةِ ، كما لو كان المُكاتَبُ واحِدًا . وقال أبو حنيفةَ : إن لم يقُلْ لهمُ السيدُ : إن أدَّيْتُم عَتَقْتُم . فأيُّهم أدَّى بحِصَّتِه عَتَق ، وإن [٦/٦٠ و] أدَّى[3] جَميعَها ، عَتَقُوا كلُّهم ، ولم يَرْجِعْ على صَاحِبِه بشيءٍ . وإن قال لهم : إن أدَّيْتُمْ عَتَقْتُم . لم يَعْتِقْ واحِدٌ منهم حتى يُؤَدِّيَ الكِتابَةَ كُلَّها ، ويكونُ بعضُهم حَمِيلًا عن بعضٍ ، ويأخُذُ أيَّهم شاء بالمالِ ، وأيُّهم أدَّاها عَتَقُوا كُلُّهم ، ويَرْجِعُ على صَاحِبَيْه بحِصَّتِهما . ولَنا ، أنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ مع ثلاثةٍ ، فيَبْرأُ كلُّ واحِدٍ منهم بأداءِ حِصَّتِه ، كما لو اشْتَرَوْا عبدًا[4] ، وكما لو لم يَقُلْ لهم : إن أدَّيْتُم عَتَقْتُم . على أبي حنيفةَ ، فإنَّ قولَه ذلك لا يُؤَثِّرُ ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَ العِتْقِ بأداءِ العِوَضِ ، لا بهذا القولِ ، بدَليلِ أنَّه يَعْتِقُ بالأداءِ بدُونِ هذا القولِ ، ولم يَثْبُتْ كونُ هذا القولِ مانِعًا مِن العِتْقِ . وقولُه : إنَّ هذا العَقْدَ كِتابةٌ واحِدَةٌ . مَمْنُوعٌ ، فإنَّ العَقْدَ مع جماعةٍ عُقُودٌ ، بدليلِ البَيْعِ . ولا يَصِحُّ القِياسُ

الإنصاف

الرِّوايتَيْن فى ضَمانِ الحُرِّ لمالِ الكِتابَةِ ، على ما تقدَّم فى بابِ الضَّمانِ . ويذْكُرونَ المَسْأَلَةَ هنا كثيرًا .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « من » .

(٣) فى م : « أدوا » .

(٤) فى م : « عبيدًا » .

الشرح الكبير على كتابةِ الواحِدِ ؛ لأنَّ ما قدَّره فى مُقابَلَةِ عِتْقِه ، وهٰهُنا فى مُقابَلَةِ عِتْقِه ما[1] يَخُصُّه ، فافْتَرَقَا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إن شَرَطَ عليهم فى العَقْدِ أنَّ كُلَّ واحِدٍ منهم ضامِنٌ عن[1] الباقِين ، فَسَدَ الشَّرْطُ ، والعَقْدُ صَحِيحٌ . وقال أبو الخَطَّابِ : فيه رِوايةٌ أُخْرَى ، أنَّ الشَّرْطَ صَحِيحٌ . وخَرَّجَهُ ابنُ حامِدٍ وَجْهًا ، بِناءً على الرِّوايَتَيْن فى ضَمانِ الحُرِّ لمالِ الكتابةِ . وقال الشافعىُّ : العَقْدُ والشَّرْطُ فاسِدان ؛ لأنَّ الشَّرْطَ فاسِدٌ ، ولا يُمْكِنُ تَصحيحُ العَقْدِ بدُونه ؛ لأنَّ السيدَ إنَّما رَضِىَ بالعَقْدِ بهذا الشَّرْطِ ، فإذا لم يَثْبُتْ لم يكُنْ راضِيًا بالعَقْدِ ، وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ : العَقْدُ والشَّرْطُ صَحِيحانِ ؛ لأنَّه من مُقْتَضَى العَقْدِ عِنْدَهما . ولَنا ، أنَّ مالَ الكِتابَةِ ليس بلازِمٍ ، ولا مآلُه إلى اللُّزُومِ ، فلم يَصِحَّ ضَمانُه ، كما لو جَعَلَ المالَ صِفَةً مجَرَّدَةً فى العِتْقِ ، فقال : إن أدَّيْتَ إلَىَّ ألفًا فأنْتَ حرٌّ . ولأنَّ الضَّامِنَ لا يَلْزَمُه أكثرُ [2]مِمَّا يَلْزَمُ[2] المَضْمُونَ عنه ، ومالُ الكِتابَةِ لا يَلْزَمُ المُكاتَبَ ، فلا يَلْزَمُ الضَّامِنَ ، ولأنَّ الضَّمانَ تبَرُّعٌ ، وليس للمُكاتَبِ التَّبَرُّعُ ، ولأنَّه لا يَمْلِكُ الضَّمانَ عن حُرٍّ ، ولا عمَّن ليس معه فى الكتابةِ ، فكذلك مَن معه . وأمَّا العَقْدُ فصَحِيحٌ ، بدَلِيلِ أنَّ الكِتابَةَ لا تَفْسُدُ بفسادِ الشَّرْطِ ، بدَليلِ خَبَرِ بَرِيرَةَ[3] ، [4]وسَنَذْكُرُه فيما بعدُ ، إن شاء اللهُ[4] .

(١) سقط من : الأصل .
(٢ - ٢) فى م : « من » .
(٣) تقدم تخريجه فى ١١/٢٣٤ ، ٢٣٥ .
(٤ - ٤) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : إذا مات بعضُ المُكاتَبِين سَقَطَ قَدْرُ حِصَّتِه . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوَايَةِ حَنْبَلٍ . وكذلك إن أُعْتِقَ بَعْضُهم . وعن مالكٍ ، إن أَعْتَقَ السيدُ أحَدَهم ، وكان مُكْتَسِبًا ، (١) لم يَنْفُذْ(١) عِتْقُه ؛ (٢) لأنَّه يَضُرُّ بالباقين . وإن لم يكنْ مُكْتَسِبًا نَفَذَ(٣) عِتْقُه(٢) ، لعَدَمِ الضَّرَرِ فيه . وهذا مَبْنِيٌّ على أنَّه لا يَعْتِقُ واحِدٌ منهم حتى يُؤَدِّىَ جَميعَ مالِ الكتابةِ ، وقد مَضَى الكلامُ فيه .

فصل : فإن أدَّى أحَدُ المُكاتَبَيْن عن صاحِبِه ، أو عن مُكاتَبٍ آخَرَ ، قبلَ أداءِ ما عليه ، بغيرِ عِلْمِ سيدِه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ هذا تَبَرُّعٌ ، وليس له التَّبَرُّعُ بغيرِ إذْنِ سيدِه ، فإن كان قد حَلَّ عليه(٤) نَجْمٌ صُرِفَ ذلك فيه . وإن لم يكُنْ حَلَّ عليه نَجْمٌ فله الرُّجُوعُ فيه . وإن عَلِمَ السيدُ بذلك ورَضِىَ بقَبْضِه عن الآخَرِ ، صَحَّ ؛ لأنَّ قَبْضَه(٥) له راضِيًا مع العِلْمِ دليلٌ على الإذْنِ فيه ، فجاز ، كما لو أذِنَ فيه صَريحًا . وإن كان الأداءُ بعدَ أن عَتَقَ ، [٦/٦٠ ظ] صَحَّ ، سَواءٌ عَلِمَ السيدُ ، أو لم يَعْلَمْ . فإن أرادَ الرُّجُوعَ على صاحِبِه بما أدَّى عنه ، وكان قد قَصَدَ التَّبَرُّعَ عليه ، لم يَرْجِعْ به . وإن أدَّاه مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ عليه بإذْنِ المُؤَدَّى عنه ، رَجَعَ عليه ؛ لأنَّه قَرْضٌ . وإن كان بِغَيرِ إذْنِه لم يَرْجِعْ عليه ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ عليه بأداءِ ما لا يَلْزَمُه أداؤُه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَرْجِعْ عليه ، كما لو تَصَدَّقَ عنه صَدَقَةَ تَطَوُّعٍ . وبهذا فارقَ

الإنصاف ....

(١ - ١) فى م : « نفذ » .
(٢ - ٢) سقط من : م .
(٣) فى الأصل : « بعد » .
(٤) سقط من : م .
(٥) فى الأصل : « فيه » .

المقنع

وَإِذَا اخْتَلَفُوا بَعْدَ الْأَدَاءِ فِي قَدْرِ مَا أَدَّى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي أَدَاءَ قَدْرِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

سائِرَ الدُّيونِ . وإن كان بإذْنِه ، وطلبَ اسْتِيفاءَه ، قُدِّمَ على أداءِ مالِ الكتابةِ ، كسائرِ الديونِ . وإن عَجَزَ عن أدائِه فحُكْمُه حكمُ سائِرِ الدُّيونِ . وهذا كلُّه مذهبُ الشافعيِّ .

٣٠٢٩ – مسألة : (وإنِ اخْتَلَفُوا بعدَ الأداءِ في قَدْرِ ما أدَّى كلُّ واحِدٍ منهم ، فالقولُ قولُ مَن يَدَّعِي أداءَ قَدْرِ الواجِبِ عليه) وهذا إذا أدَّوْا وعَتَقُوا ، فقال مَن كَثُرَتْ قِيمَتُه : أدَّينا على قَدْرِ قِيمَتِنا . وقال الآخَرُ[1] :

الإنصاف

قوله : وإنِ اخْتَلَفُوا بعدَ الأداءِ في قَدْرِ ما أَدَّى كُلُّ واحِدٍ منهم ، فالقَوْلُ قَوْلُ مَن يدَّعِي أداءَ قَدْرِ الواجِبِ عليه . جزَم به في « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » . قال الشَّارِحُ : هذا إذا أدَّوْا وعَتَقُوا ، فقال مَن كَثُرَتْ قِيمَتُه : أَدَّينا على قَدْرِ قِيمَتِنا . وقال الآخَرُ : أدَّينا على السَّواءِ ، فبَقِيَتْ لَنا على الأكثرِ قِيمَةٌ بقِيَّةٍ . فمَن جعَل العِوَضَ بينَهم على عدَدِهم ، قال : القَوْلُ قَوْلُ مَن يدَّعِي التَّسْوِيَةَ . ومَن جعَل على كُلِّ واحدٍ قَدْرَ حِصَّتِه ، فعندَه وَجْهان ؛ أحدُهما ، القَوْلُ قوْلُ مَن يدَّعِي التَّسْوِيَةَ . والثَّانى ، القَوْلُ قولُ مَن يدَّعِي أداءَ قَدْرِ الواجِبِ عليه . وجزَم بهذا القَوْلِ في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » . وأطْلَقَ الوَجْهَيْن في « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، وقالا : وقيل : يُصَدَّقُ مَنِ ادَّعَى أداءَ ما عليه ، إذا أنْكَرَ مازادَ .

---

(١) في الأصل : « الآخران » .

بل أدَّيْنا على السَّواءِ ، فبَقِيَتْ لنا على الأكْثَرِ بَقِيَّةٌ . فمَن جَعَلَ العِوَضَ بينَهم على عَدَدِهم ، قال : القولُ قولُ مَن يدَّعِى التَّسْوِيَةَ . ومَن جَعَلَ على كلِّ واحِدٍ قَدْرَ حِصَّتِه ، فعندَه فيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، القولُ قولُ مَن يَدَّعِى التَّسْوِيَةَ ؛ لأنَّ أيْدِيَهم على المالِ، فيتَساوَوْن فيه . والثانى ، قولُ مَن يدَّعِى أداءَ قَدْرِ الوَاجِبِ عليه ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّ الإنسانَ لا يُؤَدِّى إلَّا ما عليه .

فصل : فإن جَنَى بَعْضُهم ، فجِنايَتُه عليه دُونَ صاحِبِه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال مالكٌ : يُؤَدُّون كلُّهم أَرْشَه ، فإن عَجَزُوا رقُّوا . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾[1] . وقولُ النبيِّ ﷺ : « لَا يَجْنِى جَانٍ إلَّا على نَفْسِه »[2] . ولأنَّه لو اشْتَرَكَ رجلان وتعاقَدا ، لم يَحْمِلْ أحَدُهما جِنايَةَ صاحِبِه ، فكذا هٰهُنا ، ولأنَّ ما لا يَصِحُّ ، لا يَتَضَمَّنُه عَقْدُ الكِتابةِ ، ولا يَجِبُ على أحَدِهما بفِعْلِ الآخَرِ ، كالقِصاصِ ، وقد بَيَّنَّا أنَّ كلَّ واحِدٍ منهما مُكاتَبٌ بقَدْرِ حِصَّتِه ، فهو كالمُنْفَرِدِ بعَقْدِه .

فصل : إذا شَرَطَ المُكاتَبُ فى كِتابَتِه أن يُوالِىَ مَن شاء ، فالشَّرْطُ باطِلٌ ، والوَلاءُ لِمن أعْتَقَ ، لا نَعْلَمُ فى بُطْلانِ الشَّرْطِ خِلافًا ؛ لمَا رَوَتْ عائشةُ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، قالت : كانت فى بَرِيرَةَ ثَلاثُ قَضِيَّاتٍ ، أراد أهْلُها أن يَبِيعُوها ويَشْتَرِطُوا الوَلاءَ ، فذكَرْتُ ذلك للنبيِّ ﷺ ، فقال : « اشْتَرِيها واشْتَرِطِي لهم الوَلاءَ ، فإنَّما الوَلاءُ لمَن أعْتَقَ » . فقامَ رسولُ

(١) سورة الأنعام ١٦٤ ، والإسراء ١٥ ، وفاطر ١٨ ، والزمر ٧ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣١٤ .

الشرح الكبير

اللهِ ﷺ فى النَّاسِ ، فحَمِدَ اللهَ وأثْنى عليه ، ثم قال : « أمَّا بَعْدُ ، فَمَا بَالُ أُناسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِى كِتابِ اللهِ ! مَن اشْتَرَطَ شَرْطًا ليس فى كِتابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وإنْ كانَ مِائَةَ شَرْطٍ ، قَضَاءُ اللهِ أحَقُّ ، وشَرْطُ اللهِ أوْثَقُ ، وإنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولأنَّ الوَلاءَ لا يَصِحُّ نَقْلُه ، بدليلِ أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الوَلاءِ وهِبَتِه[2] . وقال : « إنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ » . ولأنه لُحْمَةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ ، فلم يَصِحَّ اشْتِراطُه لغيرِ صاحِبِه ، كالقَرابةِ ، ولأنَّه حكمٌ للعِتْقِ ، فلم يصِحَّ اشْتِراطُه لغيرِ[3] المُعْتِقِ ، كما لا يَصِحُّ اشْتِراطُ حُكْمِ النِّكاحِ لغيرِ[3] النَّاكِحِ ، ولا حُكْمِ البَيْعِ لغيرِ العاقِدِ . وسَواءٌ شَرَطَ أنْ يُوَالِىَ مَن شاءَ ، أو [٦١/٦ و] شَرَطَه لبائِعِه ، أو لرجُلٍ آخرَ بعَيْنِه . ولا تفْسُدُ الكتابةُ بهذا الشَّرْطِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال الشافعىُّ : تفْسُدُ به ، كما لو شَرَطَ عِوَضًا مَجْهولًا . ويتَخَرَّجُ لنا مثلُ ذلك ، بناءً على الشُّروطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ . ولَنا ، حديثُ بَرِيرَةَ ، فإنَّ أهْلَها اشْتَرطُوا لهمُ الوَلاءَ ، فأمَرَ النبىُّ ﷺ بشِرائِها مع هذا الشَّرْطِ ، وقال : « إنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ » . ويُفارِقُ جهالَةَ العِوَضِ ، فإنَّه رُكْنُ العَقْدِ ، لا يُمْكِنُ تصْحِيحُ العَقْدِ بدُونِه[4] ، ورُبَّما أفْضَتْ جَهالَتُه إلى التَّنازُعِ والاخْتِلافِ ، وهذا شَرْطٌ زائِدٌ ، فإذا حَذَفْناه بَقِىَ العَقْدُ

الإنصاف ....

(١) تقدم تخريجه فى ١١/٢٣٤ ، ٢٣٥ .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٨/٤٠١ .

(٣) فى الأصل : « كغير » .

(٤) فى م : « إلا به » .

الشرح الكبير

صَحِيحًا بحالِه . فإن قيلَ : المُرادُ بقولِه عليه السلامُ : « اشْتَرِطِي لَهُمُ الوَلاءَ » . أي عليهم ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ لا يأْمُرُ بالشَّرْطِ الفاسِدِ ، واللَّامُ تُسْتَعْمَلُ بمعنى « على » ، كقولِه تعالى : ﴿ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾[1] . قُلْنا : لا يَصِحُّ ؛ لثلاثةِ وُجوهٍ ؛ أحدُها ، أنَّه يُخالِفُ وَضْعَ اللَّفْظِ والاسْتِعمالَ . والثانى ، أنَّ أهْلَ بَرِيرَةَ أبَوْا هذا الشَّرْطَ ، فكيفَ يأْمُرُها النبيُّ ﷺ بشرطٍ لا يَقْبَلُونَه ؟ الثالثُ ، أنَّ ثُبُوتَ الوَلاءِ لها لا يَحْتاجُ إلى شَرْطٍ ؛ لأنَّه مُقْتَضَى العِتْقِ وحُكْمُه . ولأنَّ فى بَعْضِ الألْفاظِ : « لا يَمْنَعُكِ[2] هذا الشَّرْطُ مِنْهَا ، ابْتَاعِي وأعْتِقِي » . وإنَّما أمَرَها النبيُّ ﷺ بالشَّرْطِ تَعْرِيفًا لنا أنَّ وُجودَ هذا الشَّرْطِ كعَدَمِه ، وأنَّه لا يَنْقُلُ الوَلاءَ عن المُعْتِقِ .

فصل : فإن شَرَطَ السيدُ على المُكاتَبِ أن يَرِثَه دُونَ وَرَثَتِه ، أو مُزاحَمَتَهم فى مواريثِهم ، فهو شَرْطٌ فاسِدٌ ، فى قَوْلِ عامَّةِ العُلَماءِ ؛ منهم الحسنُ ، وَعطاءٌ ، وشُرَيْحٌ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، والنَّخَعِيُّ ، وإسحاقُ . وأجازَ إياسُ بنُ مُعاوِيَةَ أن يَشْرُطَ شَيْئًا مِن مِيراثِه . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُخالِفُ كتابَ اللهِ ، وكُلُّ شَرْطٍ ليس فى كتابِ اللهِ تعالى فهو باطِلٌ [3]بقولِ النبيِّ ﷺ[3] . ورَوَى سعيدٌ : ثنا هُشَيْمٌ : ثنا[4] منْصُورٌ ، عن ابنِ

الإنصاف ....

(١) سورة الإسراء ٧ .

(٢) فى م « يمنعنك » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) فى م : « عن » .

الشرح الكبير

سِيرِينَ[1] ، أنَّ رَجُلًا كاتَبَ مَمْلُوكَهُ واشْتَرَطَ مِيرَاثَه ، فلمَّا ماتَ المُكاتَبُ خَاصَمَ ورَثَته إلى شُرَيْحٍ ، فقَضَى شُرَيحٌ بمِيراثِ المُكاتَبِ لوَرَثَتِه ، فقال الرجلُ : ما يُغْنِي شَرْطِي منذُ عِشْرِينَ سَنَةً ؟ فقال شُرَيْحٌ : كتابُ اللهِ أنْزَلَه على نبيِّه قبلَ شَرْطِك بخَمْسِينَ سَنَةً[2] . ولا تَفْسُدُ الكتابةُ بهذا الشَّرْطِ ، كالذى قبلَهُ .

فصل : فإن شَرَطَ عليه خِدْمَةً مَعلومَةً بعدَ العِتْقِ جازَ . وبه قال عَطاءٌ ، وابنُ شُبْرُمَةَ . وقال مالكٌ ، والزُّهْرِىُّ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، أشْبَهَ ما لو شَرَطَ مِيرَاثَه . ولَنا ، أنَّه رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه أعْتَقَ كلَّ مَن يُصَلِّى مِن سَبْىِ العربِ ، وشَرَطَ عليهم ، (3)أنَّهم يَخْدِمُونَ(3) الخليفةَ مِن بَعْدِى ثَلاثَ سَنواتٍ[4] . ولأنَّه اشْتَرَطَ خِدْمَةً فى عَقْدِ الكِتابةِ ، أشْبَهَ ما لو شَرَطَها قبلَ العِتْقِ ، ولأنَّه شَرَطَ نَفْعًا مَعْلُومًا ، أشْبَهَ ما لو شَرَطَ عِوَضًا معلومًا ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ؛ فإنَّ مُقْتَضَاه العِتْقُ عندَ الأداءِ ، وهذا لا يُنافِيه .

الإنصاف ....

(1) بعده فى م : « بإسناده » .

(2) وأخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الشرط على المكاتب ، من كتاب المكاتب . المصنف ٣٧٨/٨ . وذكره وكيع ، فى : أخبار القضاة ٣٥٦/٢ .

(3 - 3) فى م : « أن تخدموا » .

(4) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٣٨٠/٨ ، ٣٨١ .

المقنع

وَيَجُوزُ أَنْ يُكَاتِبَ بَعْضَ عَبْدِهِ ، فَإِذَا أَدَّى عَتَقَ كُلُّهُ .

الشرح الكبير

فصل : إذا كاتبَه على أَلْفَيْن ، فى رأْسِ [٦١/٦ ظ] كلِّ شَهْرٍ ألفٌ ، وشَرَطَ أنْ يَعْتِقَ عندَ أداءِ الأوَّلِ ، صَحَّ فى قِياسِ المذهبِ ، ويَعْتِقُ عندَ أدائِه ؛ لأنَّ السيدَ لو أعْتَقَه بغيرِ أداءِ شىءٍ صَحَّ ، فكذلك إذا أعْتَقَه عندَ أداءِ البَعْضِ ، ويَبْقَى الآخَرُ دَيْنًا عليه بعد عِتْقِه ، كما لو باعه نَفْسَه به .

٣٠٣٠ – مسألة : (وتجوزُ كِتَابَةُ بعضِ عبدِه ، فإذا أدَّى عَتَقَ كلُّه) قاله أبو بكرٍ ؛ لأنَّها مُعاوَضَةٌ ، فصَحَّتْ فى بعضِه ، كالبَيْعِ ، فإذا أدَّى جميعَ كِتابَتِه ، عَتَقَ كلُّه ؛ لأنَّه إذا سَرَى العِتْقُ فيه إلى مِلْكِ غيرِه ، فإلى مِلْكِه أوْلَى . ويَجبُ أن يُؤَدِّىَ إلى سيدِه مِثْلَىْ كِتابَتِه ؛ لأنَّ نِصْفَ كَسْبِه يَسْتَحِقُّه سيدُه بما فيه مِن الرِّقِّ ، ونِصْفَه يُؤَدَّى فى الكِتابَةِ إلَّا أنْ يَرْضَى سيدُه بتأْدِيَةِ الجميعِ فى الكِتابةِ فيَصِحُّ ، وإذا اسْتَوْفَى المالَ كلَّه عَتَقَ نِصْفُه بالكِتابةِ وباقِيه بالسِّرايةِ .

الإنصاف

قوله : ويجُوزُ له أنْ يُكاتِبَ بعضَ عَبْدِه ، فإذا أَدَّى عتَق كُلُّه . قالَه أبو بَكْرٍ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابن مُنَجَّى » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، وغيرِهم . فإنْ كان كاتَبَ نِصْفَه ، أدَّى إلى سيِّدِه مِثلَىْ كِتابَتِه ؛ لأنَّ نِصْفَ كَسْبِه يسْتَحِقُّه سيِّدُه بما فيه مِنَ الرِّقِّ ، إلَّا أنْ يَرْضَى سيِّدُه بتَأْدِيَةِ الجميعِ عن الكِتابَةِ ، فيَصِحَّ .

المقنع وَتَجُوزُ كِتَابَةُ حِصَّتِهِ مِنَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ .

الشرح الكبير **٣٠٣١** – مسألة : (وتجوزُ كِتابَةُ حِصَّتِه مِن العبدِ المُشْتَرَكِ بغيرِ إذْنِ شَرِيكِه) إذا كان لرجُلٍ نِصْفُ عبدٍ ، فكاتَبَه ، صَحَّ ، سَواءٌ كان باقِيه حُرًّا أو مَمْلوكًا لغيرِه ، وسواءٌ أذِنَ الشَّرِيكُ أو لم يَأْذَنْ . وهذا ظاهِرُ قولِ الخِرَقِيِّ ، وأبى بكرٍ . وهو قولُ الحَكَمِ ، وابنِ أبى لَيْلَى . وحُكِيَ عن الحسنِ البَصْرِىِّ ، والحسنِ بنِ صالحٍ ، ومالكٍ ، والعَنْبَرِىِّ . وكَرِه الثَّوْرِىُّ وحَمَّادٌ كِتابَتَه بغيرِ إذْنِ شَرِيكِه . وقال الثَّوْرِىُّ : إن فَعَلَ رَدَدْتُه ، إلَّا أن يكونَ نَقَدَه[1] ، فيَضْمَنُ لشَرِيكِه نِصْفَ ما فى يَدِه . وقال أبو حنيفةَ : يَصِحُّ بإذْنِ الشَّرِيكِ ، ولا يَصِحُّ بغيرِ إذْنِه . وهو أحَدُ قَوْلَى الشافعىِّ ، إلَّا أنَّ أبا حنيفةَ قال : الإِذْنُ فى ذلك إذْنٌ فى تأْدِيَةِ مالِ الكِتابَةِ مِن جَمِيعِ كَسْبِه ، ولا يَرْجِعُ الإِذْنُ بشىءٍ منه . وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : يكونُ جَمِيعُه مُكاتَبًا . وقال الشافعىُّ فى أحَدِ قولَيْهِ : إن كان باقِيه حُرًّا ، صَحَّتْ كِتابَتُه ، وإن كان مِلْكًا لم تَصِحَّ ، سَواءٌ أذِنَ فيه الشَّرِيكُ أم لم يأْذَنْ ؛ لأنَّ كِتابَتَه تَقْتَضِى إطْلاقَه فى الكَسْبِ والسَّفَرِ ، ومِلْكُ نِصفِه يَمْنَعُ ذلك ، ويَمْنَعُه أخْذَ نَصِيبِه مِن الصَّدَقاتِ ؛ لِئَلَّا يَصِيرَ كَسْبًا ، فيَسْتَحِقَّ سيدُه

الإنصاف قوله : وتجُوزُ كِتابَةُ حِصَّتِه مِنَ العَبْدِ المُشْتَرَكِ بغيرِ إذْنِ شَرِيكِه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . واخْتارَ فى « الرِّعايَةِ » أنَّه لابُدَّ مِن إذْنِ الشَّريكِ إذا كان مُعْسِرًا .

---

(١) فى م : « بعده » ، وغير واضحة فى الأصل . والمثبت كما فى المغنى ١٤/٥٠٢ .

الشرح الكبير

نِصْفَه ، ولأنَّه إذا أدَّى عَتَقَ جَمِيعُه ، فيُفْضِى إلى أن يُؤَدِّىَ نِصْفَ كِتابَتِه ثم يَعْتِقَ جَمِيعُه . ولَنا ، أنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ على نَصِيبِه ، فصَحَّ ، كبَيْعِه ، ولأنَّه مِلْكٌ له ، يَصِحُّ بَيْعُه وهِبَتُه ، فصَحَّتْ كِتابَتُه ، كما لو مَلَكَ جَمِيعَه ، ولأنَّه يَنْفُذُ إعْتاقُه ، فصَحَّتْ كِتابَتُه ، كالعبدِ الكاملِ ، وكما لو كان باقِيه حُرًّا عندَ الشافعىِّ ، أو أذِنَ فيه الشَّرِيكُ عندَ الباقِينَ . وقولُهم : إنَّه يَقْتَضِى المُسافَرَةَ والكَسْبَ وأخذَ الصَّدَقَةِ . قُلْنا : أمَّا المُسافَرَةُ فليست مِن المُقْتَضَياتِ الأصْلِيَّةِ ، فوُجُودُ مانعٍ منها لا يَمْنَعُ أصْلَ العَقْدِ . وأمَّا الكَسْبُ وأخذُ الصَّدَقَةِ ، فإنَّه لا يَمْتَنِعُ كَسْبُه وأخْذُه الصَّدَقَةَ بجُزْئِه المُكاتَبِ . ولا يَسْتَحِقُّ الشَّرِيكُ شيئًا منه ؛ لأنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّ ذلك بالجُزْءِ المُكاتَبِ ، ولا حَقَّ للشَّرِيكِ فيه ، فكذلك ما حَصَلَ به ، كما لو وَرِثَ شيئًا بجُزْئِه الحُرِّ . وأمَّا الكَسْبُ ، فإن هايَأَه مالِكُ نِصْفِه ، فكَسَبَ فى نَوْبَتِه شيئًا ، لم يُشارِكْه فيه أيضًا ، وإن لم يُهايِئْه ، فكَسَبَ بجُمْلَتِه شيئًا ، كان بينَهما ، له بقَدْرِ ما فيه مِن الجُزْءِ المُكاتَبِ ، ولسيدِه [٦٢/٦ و] الباقى ؛ لأنَّه كَسَبَه بجُزْئِه المَمْلوكِ فيه ، فأشْبَهَ ما لو كَسَبَ قبلَ كِتابَتِه فقُسِمَ بينَ سيدَيْه . وقَوْلُهم : إنَّه يُفْضِى إلى أن يُؤَدِّىَ بعضَ الكِتابةِ فيَعْتِقَ جَمِيعُه . قُلْنا : يَبْطُلُ هذا بما لو عَلَّقَ عِتْقَ نَصِيبِه على أداءِ مالٍ ، فإنَّه يُؤَدِّى عِوَضَ البَعْضِ ويَعْتِقُ الجميعُ ، على أنَّا نقولُ : لا يَعْتِقُ حتى يُؤَدِّىَ جميعَ الكِتابَةِ . فإنَّ جميعَ الكِتابَةِ هو الذى كاتَبَه عليه مالِكُ نِصْفِه ، ولم يَبْقَ منها شىءٌ ، فلا يَعْتِقُ حتى يُؤَدِّىَ جَمِيعَها ، ولأنَّه لا يَعْتِقُ الجميعُ بالأداءِ ، وإنَّما يَعْتِقُ الجُزْءُ

المقنع فَإِذَا أَدَّى مَا كُوتِبَ عَلَيْهِ ، وَمِثْلَهُ لِسَيِّدِهِ الْآخَرِ ، عَتَقَ كُلُّهُ ، إِنْ كَانَ الَّذِى كَاتَبَهُ مُوسِرًا ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ حِصَّةِ شَرِيكِهِ .

الشرح الكبير المُكاتَبُ لا غيرُ ، وباقِيه إن كان المُكاتِبُ مُعْسِرًا لم يَعْتِقْ ، وإن كان مُوسِرًا عَتَقَ بالسِّرايَةِ لا بالكِتابَةِ ، ولا يَمْتَنِعُ هذا ، كما لو أعْتَقَ بعضَه عَتَقَ جَميعُه ، وإذا جازَ عِتْقُ جَمِيعِه بإعْتاقِ بعضِه بطَرِيقِ السِّرايَةِ ، جازَ ذلك فيما يَجْرِى مَجْرَى العِتْقِ .

٣٠٣٢ – مسألة : (وإذا أدَّى ما كُوتِبَ عليه ، ومثلَه لسيدِه الآخرِ ، عَتَقَ كلُّه ، إن كان الذى كاتَبَه مُوسِرًا ، وعليه قِيمَةُ حِصَّةِ شَرِيكِه) وجملةُ ذلك ، أنَّ أحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إذا كاتَبَ نَصِيبَه لم تَسْرِ الكِتابَةُ ، ولم يَتَعَدَّ الجُزْءَ[1] الذى كاتَبَه ؛ لأنَّ الكِتابَةَ عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فلم تَسْرِ ، كالبَيْعِ . وليس للعبدِ أن يُؤَدِّىَ إلى مُكاتِبِه شيئًا حتى يُؤَدِّىَ إلى شَرِيكِه مثلَه ، سَواءٌ أذِنَ الشَّرِيكُ فى كِتابَتِه أو لم يأْذَنْ ؛ لأنَّه إنَّما أذِنَ فى كِتابةِ نَصِيبِ شَرِيكِه ، وذلك يَقْتَضِى أن يكونَ نَصِيبُه باقِيًا له ، هذا إذا كان الكَسْبُ بجميعِه[2] ، فإنْ أدَّى الكِتابَةَ مِن جميعِ كَسْبِه لم يَعْتِقْ ؛ لأنَّ

الإنصاف **فائدة** : قولُه : فإذا أدَّى ما كُوتِبَ عليه ، ومِثلَه لسَيِّدِه الآخرِ ، عتَق كُلُّه . هذا صحيحٌ ، لكِنْ يكونُ لسيِّدِه مِن كَسْبِه بقَدْرِ ما كُوتِبَ منه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وعنه ، يوْمًا ويوْمًا .

---

(١) بعده فى م : « الحر » .

(٢) فى م : « لجميعه » .

الشرح الكبير

الكِتابَةَ الصَّحِيحَةَ تَقْتَضِى العِتْقَ ببراءَتِه مِن العِوَضِ ، وذلك لا يَحْصُلُ بدَفْعِ ماليس له . وإن أدَّى إليهما جَمِيعًا عَتَقَ كلُّه ؛ لأنَّ نصْفَه يَعْتِقُ بالأداءِ ، فإذا عَتَقَ سَرَى إلى سائِرِه إن[1] كان الذى كاتَبَه مُوسِرًا ، وتَلْزَمُه قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِه ؛ لأنَّ عِتْقَه بسَبَبٍ مِن جِهَتِه ، أشْبَهَ ما لو باشَرَه بالعِتْقِ أو عَلَّقَ[2] عِتْقَ نَصِيبِه بصِفَةٍ فعَتَقَ بها . فأمَّا إن مَلَكَ العبدُ[3] شيئًا بجُزْئِه المُكاتَبِ ، كمَن هايَأَه سيدُه فكَسَبَ شيئًا فى نَوْبَتِه ، أو أُعْطِىَ مِن الصَّدَقَةِ مِن سَهْمِ الرِّقابِ ، فلا حَقَّ لسيدِه فيه ، وله أداءُ جَمِيعِه فى كِتابَتِه ؛ لأنَّه (٤إنَّما اسْتَحَقَّ٤) ذلك بما فيه مِن الكِتابَةِ ، فأشْبَهَ النِّصْفَ الباقِىَ بعدَ إعْطاءِ الشَّرِيكِ حَقَّه . ولو كان ثُلُثُه حُرًّا وثُلُثُه مُكاتَبًا وثُلُثُه رَقِيقًا ، فوَرِثَ بجُزْئِه الحُرِّ مِيراثًا ، وأخَذَ بجُزْئِه المُكاتَبِ مِن سَهْمِ الرِّقابِ ، فله دَفْعُ ذلك كلِّه فى كِتابَتِه ؛ لأنَّه ما اسْتَحَقَّ بجُزْئِه الرَّقِيقِ شيئًا منه ، فلا يَسْتَحِقُّ مالِكُه منه شيئًا ، وإذا أدَّى جَمِيعَ كِتابَتِه عَتَقَ . فإن كان الذى كاتَبَه مُعْسِرًا لم يَسْرِ العِتْقُ ، ولم يَتَعَدَّ نَصِيبَه ، كما إذا واجَهَه بالعِتْقِ ، إلَّا على الرِّوايَةِ التى نقولُ فيها بالاسْتِسْعاءِ ، فإنَّه يُسْتَسْعَى فى نَصِيبِ الذى لم يُكاتِبْ ، وإن كانَ مُوسِرًا سَرَى إلى باقِيه .

الإنصاف ....

(١) فى الأصل: « وإن » .

(٢) فى الأصل : « على » .

(٣) سقط من : م .

(٤ - ٤) فى م : « يستحق » .

المقنع

فَإِنْ أَعْتَقَ الشَّرِيكُ قَبْلَ أَدائِهِ ، عَتَقَ عَلَيْهِ كُلُّهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ الْمُكَاتِبِ . وَقَالَ الْقَاضِى : لَا يَسْرِى إِلَى النِّصْفِ الْمُكَاتَبِ إِلَّا أَنْ يَعْجِزَ ، فَيُقَوَّمُ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ .

الشرح الكبير

٣٠٣٣ – مسألة : (وإن أعْتَقَ الشَّرِيكُ قبلَ أدائِه ، عَتَقَ عليه كلُّه إن كان مُوسِرًا ، وعليه قِيمَةُ نَصِيبِ [٦٢/٦ ظ] المُكاتِبِ . وقال) أبو بكرٍ و (القاضى : لا يَسْرِى إلى النِّصْفِ المُكاتَبِ) لأنَّه قد انْعَقَدَ للمُكاتِبِ سَبَبُ الولاءِ ، فلا يَجُوزُ إبْطالُه (إلَّا أن يَعْجِزَ ، فيُقَوَّمُ عليه حِينَئِذٍ) وقال ابنُ أبى لَيْلَى : عِتْقُ الشَّرِيكِ مَوْقُوفٌ حتى يُنْظَرَ ما يَصْنَعُ فى الكِتابَةِ ، فإن أدَّاها عَتَقَ ، وكان المُكاتَبُ ضامِنًا لقِيمَةِ نَصِيبِ شَرِيكِه ، ووَلاؤُه كلُّه للمُكاتِبِ ، وإن عَجَزَ سَرَى عِتْقُ الشَّرِيكِ ، وضَمِنَ نِصْفَ القِيمَةِ للمكاتِبِ ، وولاؤُه كلُّه له . وأمَّا الشافعىُّ ، فلا يُجَوِّزُ كِتابَتَه إلَّا بإذْنِ شَرِيكِه ، فى أحَدِ قولَيْه . فإن كاتَبَه بإذْنِ شَرِيكِه ، فأعْتَقَ الذى لم يُكاتِبْ ، فهل يَسْرِى فى الحالِ ، أو يَقِفُ على العَجْزِ ؟ فيه قولانِ . ولَنا ، أنَّه عِتْقٌ

الإنصاف

قوله : وإنْ أَعْتَقَ الشَّرِيكُ قبلَ أَدائِه ، عتَق عليه كُلُّه إنْ كان مُوسِرًا ، وعليه قِيمَةُ نَصِيبِ المُكاتِبِ . وهذا المذهبُ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ بَكْرِ بن محمدٍ . واخْتارَه الخِرَقِىُّ ، وحكاه القاضى فى كتابِ « الرِّوايَتَيْن » عن أبِى بَكْرٍ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » . وقال القاضى : لا يسْرِى إلى نِصفِ المُكاتَبِ ، إلَّا أنْ يعْجِزَ ، فيُقَوَّمُ عليه حِينَئذٍ ، ويسْرِى

الشرح الكبير

لجُزْءٍ مِن العبدِ مِن مُوسِرٍ غيرِ محْجُورٍ عليه ، فسَرَى إلى باقِيه ، كالقِنِّ . وقولُهم : إنَّه يُفضِى إلى إبْطالِ الوَلاءِ . قُلْنا : إذا كان العِتْقُ يُؤَثِّرُ فى إبْطالِ المِلْكِ الثَّابتِ الذى الولاءُ مِن بعضِ آثارِه ، فَلأنْ يُؤَثِّرَ فى نَقْلِ الوَلاءِ بمفْرَدِه أوْلَى ، ولأنَّه لو أعْتَقَ عَبْدًا له أوْلادٌ مِن مُعْتَقَةِ قَوْمٍ ، نَقَلَ وَلاءَهم (١إليه ، فإذا نَقَلَ ولاءَهم١) الثَّابتَ بإعْتاقِ غيرِهم ، فَلأنْ يَنْقُلَ ولاءً لم يَثْبُتْ بعدُ بإعْتاقِ مَن عليه الوَلاءُ أوْلَى . ولأنَّه نَقَلَ الولاءَ ثَمَّ[٢] عمَّن لم يَغْرَمْ له عِوَضًا ، فَلأنْ يَنْقُلَه بالعِوَضِ أوْلَى . فانْتِقالُ[٣] الوَلاءِ فى مَوْضِعِ جَرِّ الوَلاءِ يُنَبِّهُ على سِرايَةِ العِتْقِ وانْتِقَالِ الوَلاءِ إلى المُعْتِقِ ؛ لكونِه أوْلَى منه[٢] مِن ثَلاثةِ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، أنَّ الوَلاءَ ثَمَّ ثابتٌ ، وهذا بعَرَضِ الثُّبوتِ . الثانى ، أنَّ النَّقْلَ حَصَلَ ثَمَّ بإعْتاقِ غيرِه ، وهٰهُنا بإعْتاقِه . الثالثُ ، أنَّه انْتَقَلَ بغيرِ عِوَضٍ ، وهٰهُنا بعِوَضٍ .

الإنصاف

العِتْقُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : واخْتارَه أبو بَكْرٍ . فعلى هذا ، إنْ أدَّى كِتابتَه ، عتَق الباقِى بالكِتابَةِ ، وكان وَلاؤُه بينَهما . وعلى المذهبِ ، يضْمَنُ للشَّريكِ نِصْفَ قِيمَتِه مُكاتَبًا ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « المُغْنِى » . وعنه ، يضْمَنُه بالباقِى مِن كِتابَتِه . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : قال ابنُ أبى مُوسى : فعلى هذه يكونُ الوَلاءُ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل : « بانتقال » .

الشرح الكبير

فصل : وإن كان المُعْتِقُ مُعْسِرًا لم يَسْرِ عِتْقُه ، وكان نَصِيبُه حُرًّا ، وباقِيه على الكِتابَةِ ، فإن أدَّى عَتَقَ عليهما ، وكان وَلاؤُه بَيْنَهما ، وإن عَجَزَ عاد الجُزْءُ المُكاتَبُ رَقِيقًا قِنًّا ، إلَّا على الرِّوايَةِ التى تقولُ : يُسْتَسْعَى العَبْدُ . فإنَّه يُسْتَسْعَى عندَ عَجْزِه فى قِيمَةِ باقِيه ، ولا يُسْتَسْعَى فى حالِ الكِتابَةِ ؛ لأنَّ الكتابَةَ سِعايَةٌ فيما اتَّفَقا عليه ، فاسْتُغْنِىَ بها عن السِّعايَةِ فيما يَحْتاجُ إلى التَّقْويمِ ، فإذا عَجَزَ وفُسِخَتِ الكِتابَةُ ، بَطَلَتْ ، ورَجَعَ إلى السِّعايَةِ فى القِيمةِ . (١)وحديثُ ابنِ عمرَ حُجَّةٌ لمَا ذَهَبْنا إليه ، وهو(١) ما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا له فى عَبْدٍ ، فَإِنْ كانَ معه ما يَبْلُغُ قِيمَةَ العَبْدِ قُوِّمِ عليه قِيمَةَ العَدْلِ ، وأَعْطَى شُرَكَاءَه(٢) حِصَصَهم ، وَعَتَقَ جَمِيعُ العَبْدِ ، وإلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ » . مُتَّفَقٌ عليه(٣) . ورَواه مالكٌ فى « المُوَطَّأ » عن نافعٍ عن ابنِ عمرَ . وهذا الحديثُ حُجَّةٌ على مَن خالَفَه . وهذا قولُ الخِرَقِىِّ . واللهُ تعالى أعلمُ .

الإنصاف

بينَهما ؛ لكُلِّ واحدٍ منهما بقَدْرِ ما عتَق عليه . وجزَم به الزَّرْكَشِىُّ . فكأنَّ ابنَ أبِى مُوسى قال : يَعْتِقُ على مَن أدَّى إليه المُكاتَبُ بمِقْدارِ ما أدَّى إليه ، ويَعْتِقُ الباقِى على مَن أَعْتَقَ ، ويكونُ الوَلاءُ بينَهما بقَدْرِ ما عتَق على كُلِّ واحدٍ منهما .

(١ - ١) فى الأصل : « ولنا » .

(٢) فى م : « شركاؤه » .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٥٩/١٥ .

المقنع

وَإِنْ كَاتَبَا عَبْدَهُمَا جَازَ ، سَوَاءٌ كَانَ عَلَى التَّسَاوِى أَوِ التَّفَاضُلِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَدِّىَ إِلَيْهِمَا إِلَّا عَلَى [١٩٩و] التَّسَاوِى ، فَإِذَا كَمَلَ أَدَاؤُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا قَبْلَ الْآخَرِ عَتَقَ كُلُّهُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا دُونَ صَاحِبِهِ لَمْ يَعْتِقْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ الْآخَرِ ، فَيَعْتِقَ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَعْتِقَ .

الشرح الكبير

٣٠٣٤ – مسألة : (وإن كاتَبا عبدَهما جازَ ، سَواءٌ كان على التَّساوِى أو التَّفاضُلِ . ولا يجوزُ أن يُؤَدِّىَ إليهما إلَّا على التَّساوِى) إذا كان العبدُ لرَجُلَيْن ، فكاتَباه معًا ، سَواءٌ تَساوَيَا فى العِوَضِ أو اخْتَلَفا فيه ، وسَواءٌ اتَّفَقَ نَصِيباهُما [٦٣/٦ و] (١أو اخْتَلَف١) ، وسواءٌ كان فى عَقْدٍ واحدٍ أو عَقْدَيْن ، صَحَّ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : لا يجوزُ أن يتَفاضَلا فى المالِ مع التَّساوِى فى المِلْكِ ، ولا التَّساوِى فى المالِ مَعَ التَّفاضُلِ فى المِلْكِ ؛ لأنَّ ذلك يُؤَدِّى إلى أن يَنْتَفِعَ أحَدُهما بمالِ الآخَرِ ، لأنَّه إذا دَفَعَ

الإنصاف

قوله : وإنْ كاتَبا عَبْدَهما ، جازَ ؛ سَواءٌ كان على التَّساوِى أوِ التفاضُلِ . ولا يجُوزُ أنْ يُؤَدِّىَ إليهما إلَّا على التَّساوِى ، فإذا كَمَلَ أداؤُه إلى أحَدِهما قبلَ الآخَرِ ، عتَق كُلُّه عليه ، وإنْ أدَّى إلى أحَدِهما دُونَ صاحِبِه ، لم يَعْتِقْ ، إلَّا أنْ يكُونَ بإذْنِ الآخَرِ ، فيَعْتِقَ ، ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَعْتِقَ . قال الشَّارِحُ : إذا كان العَبْدُ لاثْنَيْنِ ، فكاتَباه معًا ؛ سواءٌ تَساوَيا فى العِوَضِ أوِ اخْتَلَفا فيه ، وسواءٌ اتَّفقَ نَصِيبَاهما فيه أو اخْتَلَفا ، وسواءٌ كان فى عَقْدٍ واحدٍ أو عَقْدَيْن ، صحَّ . ثم قال : ولا يجوزُ أنْ يخْتَلِفا فى

(١ – ١) فى م : « فيه أو اختلفا » .

الشرح الكبير

إلى أحَدِهما (١)أكْثَرَ مِن قَدْرِ مِلْكِه ثم عَجزَ ، رَجعَ عليه الآخَرُ بذلك . ولَنا ، أنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَعْقِدُ على نَصِيبِه عَقْدَ مُعاوَضةٍ ، فجاز أنْ يَخْتَلِفا فى العِوَضِ ، كالبَيْعِ . وما ذَكَرَه لا يَلْزَمُ ؛ لأنَّ انْتِفاعَ أحَدِهما(١) بمالِ الآخَرِ إنَّما يكونُ عندَ العَجْزِ ، وليس ذلك مِن مُقْتَضَياتِ العَقْدِ ، وإنَّما يكونُ عندَ زَوالِه ، فلا يَضُرُّ(٢) . ولأنَّه إنَّما يُؤَدِّى إليهما على التَّساوِى ، فإذا عَجزَ قُسِمَ ما كَسَبَه بينَهما على قَدْرِ المِلْكَيْن ، فلم يكُنْ أحَدُهما مُنْتَفِعًا إلَّا بما يُقابِلُ مِلْكَه ، وعاد الأمْرُ بعدَ زَوالِ الكِتابَةِ إلى حُكْمِ الرِّقِّ ، كأنَّه لم يَزُلْ .

الإنصاف

التَّنْجيمِ ، ولا فى أنْ يكونَ لأحَدِهما مِنَ النُّجومِ ، قبلَ النَّجْمِ الأخيرِ ، أكثرُ مِنَ الآخَرِ . فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّه لا يجوزُ أنْ يؤَدِّىَ إليهما [٣/١٥٣ظ] إلَّا على السَّواءِ ، ولا يجوزُ تقْديمُ أحَدِهما بالأداءِ على الآخَرِ ، واخْتِلافُهما فى مِيقاتِ النُّجومِ وقَدْرِ المُؤَدَّى يُفْضِى إلى ذلك . والثَّانى ، يجوزُ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ أنْ يُعَجِّلَ لمَن تأَخَّرَ نَجْمُه قبلَ مَحِلِّه ، ويُعْطِىَ مَن قلَّ نجْمُه أكثرَ مِنَ الواجِبِ له ، ويُمْكِنُ أنْ يأْذَنَ له أحدُهما فى الدَّفْعِ إلى الآخَرِ قبلَه ، أو أكثرَ منه . ثم قال : وليس للمُكاتَبِ أنْ يؤَدِّىَ إلى أحَدِهما أكثرَ مِنَ الآخَرِ . ذكَرَه القاضى . قال المُصَنِّفُ : لا أعلمُ فيه خِلافًا . فإنْ قبَضَ أحدُهما دُونَ الآخَرِ شيئًا ، لم يصِحَّ القَبْضُ ، وللآخَرِ أنْ يأْخُذَ منه حِصَّتَه إذا لم يأْذَنْ له ، فإنْ أذِنَ ، ففيه وَجْهان . ذكَرَهما أبو بَكْرٍ ؛ أحدُهما ، يصِحُّ . وهو أصحُّ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . والثَّانى ، لا يصِحُّ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . انتهى كلامُ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « يصير » .

الشرح الكبير

فإن قيل : فالتَّساوِى فى المِلْكِ يَقْتَضِى التَّساوِىَ فى أدائِه إليهما ، ويَلْزَمُ منه وَفاءُ كِتابةِ أحَدِهما قبلَ الآخَرِ ، فيَعْتِقُ نَصِيبُه ، ويَسْرِى إلى نَصِيبِ صاحِبِه ، ويَرْجِعُ الآخَرُ عليه بنِصْفِ قِيمَتِه . قُلْنا : يُمْكِنُ أداءُ كِتابَتِه إليهما دَفْعَةً واحدةً ، فيَعْتِقُ عليهما ، ويُمْكِنُ أن يُكاتِبَ أحدَهما على مائةٍ فى نَجْمَيْن ، فى كلِّ نَجْمٍ خَمْسُونَ ، ويُكاتِبَ الآخَرَ على مائتين فى نَجْمَيْن ، فى الأوَّلِ خَمْسُونَ وفى الثانى[1] مائةٌ وخَمْسُونَ ، فيكونُ وقْتُهما واحدًا ، فيُؤَدِّى إلى كلِّ واحدٍ منهما حَقَّه . على أنَّ[2] أصْحابَنا قد قالوا : لا يَسْرِى العِتْقُ إلى نَصِيبِ الآخَرِ ما دام مُكاتَبًا . فلا يُفْضِى إلى ما ذَكَرُوه ، وإن قُدِّرَ إفْضاؤُه إليه ، فلا مانِعَ فيه مِن صِحَّةِ الكِتابةِ ، فإنَّه لا يُخِلُّ بمَقْصودِ الكِتابةِ ، وهو العِتْقُ بها ، ويُمْكِنُ سِرايَةُ العِتْقِ مِن غيرِ ضَرَرٍ ، بأن يُكاتِبَه على مِثْلَىْ قِيمَتِه ، فإذا عَتَقَ عليه غَرِمَ لشَرِيكِه نِصْفَ قِيمَتِه ، وسَلَّمَ إليه باقِىَ المالِ ، وحَصَلَ له ولاءُ العبدِ ، ولا ضَرَرَ فى هذا ، ثم لو كان فيه ضَرَرٌ ، لكنَّه قد رَضِىَ به حينَ كِتابَتِه على أقَلَّ ممَّا كاتَبَه به شَرِيكُه ، والضَّرَرُ المَرْضِىُّ به من جِهَةِ المَضْرُورِ لا عِبْرَةَ به ، كما لو باشَرَه بالعِتْقِ أو أبْرَأَه مِن مالِ الكِتابةِ ، فإنَّه يَعْتِقُ عليه ، ويَسْرِى عِتْقُه ، ويَغْرَمُ لشَرِيكِه ، وهو جائزٌ ، فهذا أوْلَى بالجَوازِ .

الإنصاف

الشَّارِحِ . وقال فى « المُحَرَّرِ » : وإنْ كاتَبَ اثْنان عبْدَهما على التَّساوِى أو التَّفاضُلِ ، جازَ ، ولم يُؤَدِّ إليهما إلَّا على قَدْرِ مِلْكَيْهما ، فإنْ خصَّ أحدَهما بالأداءِ ،

---

(١) فى الأصل : « الباقى » .

(٢) بعده فى الأصل : « بعض » .

الشرح الكبير

فصل : ولا يجوزُ أن يَخْتَلِفا فى التَّنْجيمِ ، ولا فى[1] أن يكونَ لأحَدِهما فى النُّجُومِ قبلَ النَّجْمِ الأخيرِ أكثرُ مِن الآخَرِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يُؤَدِّىَ إليهما إلَّا على السَّواءِ ، ولا يجوزُ تقديمُ أحَدِهما بالأداءِ[2] على الآخَرِ ، واخْتِلافُهما فى ميقاتِ النُّجُومِ وقَدْرِ المُؤَدَّى يُفْضِى إلى ذلك . والثانى ، يجوزُ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ أن يُعَجِّلَ لمَن تأَخَّرَ نَجْمُه قبلَ مَحِلِّه ، ويُعْطِىَ مَن قَلَّ نَجْمُه أكثرَ مِن الواجِبِ له ، ويُمْكِنُ أن يَأْذَنَ له أحَدُهما فى الدَّفْعِ إلى الآخَرِ قبلَه ، أو أكثرَ منه ، ويُمْكِنُ أن يُنْظِرَه مَن حَلَّ نَجْمُه ، أو يَرْضَى مَن له الكثيرُ بأخْذِ دُونِ حَقِّه ، وإذا أمْكَنَ إفْضاءُ العَقْدِ إلى مَقْصُودِه ، فلا نُبْطِلُه باحْتِمالِ عَدَمِ الإفْضاءِ إليه .

فصل : وليس للمُكاتَبِ أنْ يُؤَدِّىَ إلى أحَدِهما أكثرَ مِن الآخَرِ ، ولا يُقَدِّمَ أحَدَهُما على الآخَرِ . [٦/٦٣ ظ] ذكره القاضى . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ، والشافعىِّ . قال شيخُنا[3] : لا أعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّهما سَواءٌ

الإنصاف

لم يَعْتِقْ نَصِيبُه ، إلَّا أنْ يكونَ بإذْنِ الآخَرِ ، فإنَّه على وَجْهَيْن . انتهى . فقولُ المُصَنِّفِ : فإذا كَمَلَ أداؤُه إلى أحَدِهما قبلَ الآخَرِ ، عتَق كُلُّه عليه . يعْنِى ، إذا كاتَباه مُنْفَرِدَيْن وكان مُوسِرًا . وقوله : وإنْ أدَّى إلى أحَدِهما دُونَ صاحِبِه ... إلى آخرِه ، محْمولٌ على ما إذا كاتَباه كِتابَةً واحدَةً ؛ بأنْ يوَكِّلا مَن يُكاتِبُه ، أو يوَكِّلَ أحدُهما الآخَرَ ، فيُكاتِبَه صَفْقَةً واحدَةً . فكَلامُ المُصَنِّفِ فيه إيهامٌ . وتحْريرُ المَسْأَلَةِ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « بالوفاء » .

(٣) فى : المغنى ١٤/٥٠٦ .

الشرح الكبير

فيه ، فيَسْتَوِيانِ فى كَسْبِه ، وحَقُّهما مُتَعَلِّقٌ بما فى يَدِه تَعَلُّقًا واحدًا ، فلم يَكُنْ له أنْ يَخُصَّ أحَدَهما بشىءٍ منه دُونَ الآخرِ ، ولأنَّه رُبَّما عَجَزَ ، فيَعُودُ إلى الرِّقِّ ويَتَساوَيان فى كَسْبِه ، فيَرْجِعُ أحَدُهما على الآخرِ بما فى يَدِه مِن الفَضْلِ بعدَ انْتِفاعِه به مُدَّةً . فإن قَبَضَ أحَدُهما دُونَ الآخرِ شيئًا لم يَصِحَّ القَبْضُ ، وللآخرِ أن يأْخُذَ منه حِصَّتَه إذا لم يَكُنْ أذِنَ فى القَبْضِ . فإن أذِنَ فيه ، ففيه وَجْهانِ ، ذَكَرَهُما أبو بكرٍ ؛ أحَدُهما ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ المَنْعَ لحَقِّه ، فجازَ بإذْنِه ، كما لو أذِنَ المُرْتَهِنُ للراهِنِ فى التَّصَرُّفِ فيه ، أو أذِنَ (1) البائعُ للمُشْتَرى(1) فى قَبْضِ المَبيعِ قبلَ تَوْفِيَةِ(2) ثَمَنِه ، أو أذِنَا للمُكاتَبِ فى التَّبَرُّعِ ، ولأنَّهما لو أذِنا له فى الصَّدَقَةِ بشىءٍ ، صَحَّ قَبْضُ

الإنصاف

ما قالَه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم ؛ أنَّهما إذا كاتَباه مُنْفَرِدَيْن ، فأدَّى إلى أحَدِهما ما كاتَبَه عليه ، أو أبْرأَه مِن حِصَّتِه ، عتَق نَصِيبُه خاصَّةً إنْ كان مُعْسِرًا ، وإنْ كان مُوسِرًا ، عتَق عليه جميعُه ، ويكونُ وَلاؤُه له ، ويضْمَنُ حِصَّةَ شَرِيكِه . وإنْ كاتَباه كِتابةً واحدةً ، فأدَّى إلى أحَدِهما مِقْدارَ حقِّه بغيرِ إذْنِ شَرِيكِه ، لم يَعْتِقْ منه شىءٌ . فإنْ أدَّى بإذْنِ شرِيكِه ، فهل يَعْتِقُ نَصِيبُ المُؤَدَّى إليه ؟ على وَجْهَيْن . ويُحْمَلُ كلامُ المُصَنِّفِ الأخيرُ هنا على ذلك . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » .

(1 - 1) فى م : « المشترى للبائع » .

(2) فى م : « أن يوفيه » .

الشرح الكبير

المُتَصَدَّقِ[1] عليه له ، كذلك هٰهُنا . والثانى ، لا يَجُوزُ . وهو اخْتِيارُ أبى بكرٍ ، ومذهبُ أبى حنيفةَ ، وأحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ، واخْتِيارُ المُزَنِىِّ ؛ لأنَّ ما فى يَدِ المُكاتَبِ مِلْكٌ له ، فلا يَنْفُذُ إذْنُ غيرِه فيه ، وإنَّما حَقُّ سيدِه فى ذِمَّتِه . والأوَّلُ أصَحُّ ، إن شاء اللهُ تعالى ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم ، لا يَخْرُجُ عنهم ، فإذا اتَّفَقُوا على شىءٍ فلا وَجْهَ للمَنْعِ . وقولُهم : إنَّه مِلْكٌ للمُكاتَبِ . تَعْلِيقٌ على العِلَّةِ ضِدَّ ما تَقْتَضِيه ؛ لأنَّ كونَه مِلْكًا له يَقْتَضِى جَوازَ تَصَرُّفِه[2] فيه على حَسَبِ اخْتِيارِه ، وإنَّما المَنْعُ لتَعَلُّقِ حَقِّ سيدِه به ، فإذا أذِنَ زال المانِعُ ، فصَحَّ القَبْضُ[3] ؛ لوُجُودِ مُقْتَضِيه ، وخُلُوِّه مِن المانِعِ ، ثم يَبْطُلُ بما ذكرنا مِن المسائِلِ . فعلى هذا الوَجْهِ ، إذا دَفَعَ إلى أحَدِهما مالَ الكِتابَةِ بإذْنِ صَاحِبِه ، عَتَقَ نَصِيبُه مِن المُكاتَبِ ؛ لأنه اسْتَوْفَى

الإنصاف

فقدَّم المُصَنِّفُ هنا ، أنَّه يعْتِقُ نَصِيبُ المُؤَدَّى إليه . وهو المذهبُ . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ »، و « الفُروعِ »، و « الفائقِ »، وغيرِهم . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا المذهبُ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يعْتِقَ ولو أذِنَ له الآخَرُ . وهو الوَجْهُ الثَّانِى . واخْتارَه أبو بَكْرٍ . فعلى المذهبِ ، إذا أدَّى ما عليه مِن مالِ الكِتابَةِ بإذْنِ الآخَرِ ، عتَق نَصِيبُه ، ويَسْرِى إلى باقِيه إنْ كان مُوسِرًا ، وعليه قِيمَةُ حِصَّةِ شَرِيكِه . وهذا قولُ الخِرَقِىِّ ، وغيرِه ، ويضْمَنُه فى الحالِ بنِصْفِ قِيمَتِه مُكاتَبًا مُبْقًى على ما بَقِىَ مِن كِتابَتِه ، ووَلاؤُه كُلُّه له . وقال أبو بَكْرٍ ، والقاضى :

---

(1) فى م : « المصدق » .

(2) فى الأصل : « تصديقه » .

(3) فى م : « التقبيض » .

الشرح الكبير

حَقَّه ، ويَسْرِى العِتْقُ إلى باقِيه إن كان مُوسِرًا ، وعليه قِيمَةُ حِصَّةِ شَرِيكِه ؛ لأنَّ عِتْقَه بسَبَبِه . وهذا قولُ الخِرَقِيِّ . ويَضْمَنُه فى الحالِ بنِصْفِ قِيمَتِه مُكاتَبًا مُبْقًى على ما بَقِىَ مِن كِتابَتِه ، ووَلاؤُه كلُّه له ، وما فى يَدِه مِن المالِ للذى(1) لم يَقْبِضْ منه بقَدْرِ ما قَبَضَه صاحِبُه ، والباقِى بينَ العبدِ وبينَ سيدِه الذى عَتَقَ عليه ؛ لأنَّ نِصْفَه عَتَقَ بالكِتابَةِ ونِصْفَه بالسِّرايةِ ، فحِصَّةُ ما عَتَقَ بالكِتابَةِ للعَبْدِ ، وحِصَّةُ ما عَتَقَ بالسِّرايةِ للسيدِ . وعلى ما اخْتارَه شيخُنا ، يكونُ الباقِى كلُّه للعَبْدِ ؛ لأنَّ الكَسْبَ كان مِلْكًا له ، فَلا يَزُولُ مِلْكُه عنه بعِتْقِه ، كما لو عَتَقَ بالأداءِ . وقال أبو بكرٍ ، والقاضى : لا يَسْرِى العِتْقُ فى الحالِ ، وإنَّما يَسْرِى عندَ عَجْزِه . فعلى قولِهما ، يكونُ باقِيًا على الكِتابَةِ ، فإن أدَّى إلى الآخَرِ عَتَقَ عليهما ، ووَلاؤُه لهما ، وما يَبْقَى فى يَدِه مِن كَسْبِه فهو له ، وإن عَجَزَ وفُسِخَتْ كِتابتُه قُوِّمَ على الذى أدَّى إليه ، وكان وَلاؤُه كلُّه له ، وتَنْفَسِخُ الكِتابَةُ فى نِصْفِه ، وإن مات فقد مات ونِصْفُه حُرٌّ ونِصْفُه رَقِيقٌ ، ولسيدِه [٦/٦٤ و] الذى لم يُعْتِقْ نصيبَه أن يأْخُذَ مِمَّا خَلَّفَه مِثْلَ ما أخَذَه شَرِيكُه مِن مالِ الكِتابَةِ ، وله نِصْفُ ما بَقِىَ ، والباقِى

الإنصاف

لا يسرِى العِتْقُ فى الحالِ ، وإنَّما يسْرِى عندَ عَجْزِه . فعلى قوْلِهما ، يكونُ باقِيًا على الكِتابَةِ ؛ فإنْ أدَّى إلى الآخَرِ ، عتَق عليهما ، ووَلاؤُه لهما ، وما يبْقَى فى يَدِه مِن كَسْبِه ، فهو له ، وإنْ عجز وفُسِخَتْ كِتابَتُه ، قُوِّمَ على الذى أدَّى إليه ، وكان وَلاؤُه كُلُّه له .

(1) فى الأصل : « الذى » .

الشرح الكبير

لوَرَثَةِ العبدِ . فإن لم يَكُنْ له وَارِثٌ مِن نَسَبِه ، فهو للذى أدَّى إليه بالوَلاءِ . وإن قُلْنا : لا يَصِحُّ القَبْضُ . فما أخَذَه القابِضُ بَيْنَه وبينَ شَرِيكِه ، ولا تَعْتِقُ حِصَّتُه مِن المُكاتَبِ ؛ لأنَّه لم يَسْتَوْفِ عِوَضَه ، ولغيرِ القابِضِ مُطالَبةُ القابِضِ بنَصِيبِه ممَّا قَبَضَه ، كما لو قَبَضَ بغيرِ إذْنِه . وإن لم يَرْجِعْ غيرُ القَابِضِ بنَصِيبِه حتى أدَّى المُكاتَبُ إليه كِتابَتَه ، صَحَّ ، وعَتَقَ عليهما جميعًا ، وإن مات العبدُ قبلَ اسْتِيفاءِ الآخَرِ حَقَّه فقد مات عبدًا ، ويَسْتَوْفِى الذى لم يَقْبِضْ مِن كَسْبِه بقَدْرِ ما أخَذَ صاحِبُه ، والباقى بينَهما . قال أحمدُ فى رِوايةِ ابنِ منصورٍ ، فى عبدٍ بينَ رَجُلَيْن كاتَباه ، فأدَّى إلى أحَدِهما كِتابَتَه ، ثم مات وهو يَسْعَى للآخَرِ ، لمَن مِيرَاثُه ؟ قال أحمدُ : كلُّ ما كَسَبَ العبدُ فى كِتابَتِه ، فهو بينَهما ، ويَرْجِعُ هذا على الآخَرِ بنَصِيبِه ممَّا أخَذَ ، ومِيراثُه بينَهما . قال ابنُ منصورٍ : قال إسحاقُ بنُ راهُويَه كما قال .

فصل : فإن عَجَز مُكاتَبُهما فلهما الفَسْخُ والإمْضاءُ ، فإن فَسَخا جَميعًا أو أمْضَيَا الكِتابَةَ جاز ما اتَّفقا عليه ، وإن فَسَخَ أحَدُهما وأمْضَى الآخَرُ جاز ، وعاد نِصْفُه رَقِيقًا قِنًّا ونِصْفُه مُكاتَبًا . وقال القاضى : تَنْفَسِخُ الكتابَةُ فى جَمِيعِه . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الكِتابَةَ لو بَقِيَتْ فى نِصْفِه لعاد مِلْكُ الذى فَسَخَ الكِتابَةَ إليه ناقِصًا . ولَنا ، أنَّها كِتابةٌ عن مِلْكِ أحَدِهما ، فلم تَنْفَسِخْ بفَسْخِ الآخَرِ ، كما لو انْفَرَدَ بكِتابَتِه ، ولأنَّهما عَقْدان مُفْرَدانِ ،

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال القاضى : ويَطَّرِدُ قولُ أبى بَكْرٍ فى دَيْنٍ بينَ اثْنَيْن ، أذِنَ أحدُهما للآخَرِ فى قَبْضِ نَصِيبِه : لا يَقْبِضُ إلَّا بقِسْطِ حقِّه منه . وقال أبو

الشرح الكبير

فلم يَنْفَسِخْ أحَدُهما بفَسْخِ الآخَرِ ، كالبَيْعِ ، وما حَصَلَ مِن النَّقْصِ[1] لا يَمْنَعُ ؛ لأنه إنَّما حَصَلَ ضِمْنًا لتَصَرُّفِ الشَّرِيكِ فى نَصِيبِه ، [2]فلم يَمْنَعْ ، كإعْتاقِ الشَّرِيكِ . ولأنَّ مِن أصْلِنا أن تَصِحَّ مُكاتَبَةُ أحدِهما نَصِيبَه[2] ، فإذا لم يُمْنَعِ العَقْدُ فى ابْتِدائِه ، فلأنْ لا يُبْطِلَه فى دَوامِه أوْلَى . ولأنَّ ضَرَرَه حَصَلَ بعَقْدِه وفَسْخِه ، فلا يَزولُ[3] بفَسْخِ عقدِ غيرِه . ولأنَّ فى فَسْخِ الكِتابةِ ضَرَرًا بالمُكاتَبِ وسيدِه ، وليس دَفْعُ الضَّرَرِ عن الشَّرِيكِ الذى فَسَخَ بأوْلَى مِن دَفْعِ الضَّرَرِ عن الذى لم يَفْسَخْ ، [2]بل دَفْعُ الضَّرَرِ عن الذى لم يَفْسَخْ أوْلَى[2] ؛ لوُجُوهٍ ثَلاثةٍ ؛ أحدُها ، أنَّ ضَرَرَ الذى فَسَخَ حَصَلَ ضِمْنًا ؛ لبَقاءِ عَقْدِ شَرِيكِه فى مِلْكِ نَفْسِه ، وضَرَرُ شَرِيكِه يزُولُ بزوالِ عَقْدِه وفَسْخِ تَصَرُّفِه فى مِلْكِه . الثانى ، أنَّ ضَرَرَ الذى فَسَخَ لم يَعْتَبِرْه الشَّرْعُ فى مَوْضِعٍ ، ولا أصْلَ لما ذَكَرُوه مِن الحُكْمِ ، ولا [4]يُعْرَفُ له نَظِيرٌ ، فيكونَ[4] بمَنْزِلَةِ المَصالِحِ المُرْسَلَةِ التى وَقَعَ الإجْماعُ على اطِّراحِها ، وضَرَرُ شَرِيكِه بفَسْخِ عَقْدِه مُعْتَبَرٌ فى سائِرِ عُقُودِه ؛ مِن بَيْعِه ، وهِبَتِه [2]ورَهْنِه[2] ، وغيرِ ذلك ، فيكونُ أوْلَى . الثالثُ ، أنَّ ضَرَرَ

الإنصاف

الخَطَّابِ : لا يَرْجِعُ الشَّرِيكُ فى الأَصحِّ . كمَسْأَلتِنا . الثَّانيةُ ، لو كاتَبَ ثلاثَةٌ عَبْدًا ، فادَّعَى الأَداءَ إليهم ، فأَنْكَرَه أحدُهم ، شارَكَهُما فيما أقَرَّا بقَبْضِه . قالَه الأصحابُ ؛

---

(١) فى م : « القبض » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « يزال » .

(٤ - ٤) فى الأصل : « نعرف له نظيرًا فتكون » .

الشرح الكبير

الفَسْخِ يَتَعَدَّى إلى المُكاتَبِ ، فيكونُ ضَرَرًا باثْنَيْن ، وضَرَرُ الفاسِخِ لا يَتَعَدَّاه ، ثم لو قُدِّرَ تَساوى [٦/٦٤ ظ] الضَّرَرَيْن ، لوَجَبَ إبْقاءُ الحُكْمِ على ما كان عليه ، ولا يجوزُ إحْداثُ الفَسْخِ مِن غيرِ دليلٍ راجِحٍ .

فصل : وإذا عَجزَ المُكاتَبُ ورُدَّ فى الرِّقِّ ، وكان فى يَدِه مالٌ ، فهو لسيدِه ، سَواءٌ كان مِن كَسْبِه أو مِن[1] صَدَقَةِ تَطَوُّعٍ أو وَصِيَّةٍ . وما كان مِن صَدَقَةٍ مَفْروضَةٍ ففيه رِوايتان ؛ إحْداهما ، هو لسيدِه . وهو قولُ أبى حنيفةَ . وقال عطاءٌ : يَجْعَلُه فى السَّبيلِ أحَبُّ إلَىَّ ، وإن أمْسَكَه فلا بأْسَ . والروايةُ الثانيةُ ، يُؤْخَذُ ما بَقِىَ فى يَدِه فيُجْعَلُ فى المُكاتَبِين . نَقَلَها حَنْبَلٌ . وهو قولُ شُرَيْحٍ ، والنَّخَعِىِّ ، والثَّوْرِىِّ . واخْتارَ أبو بكرٍ والقاضى أنَّه يُرَدُّ إلى أرْبابِه . وهو قولُ إسحاقَ ؛ لأنَّه إنَّما دُفِعَ إليه ليُصْرَفَ فى العِتْقِ ، فإذا لم يُصْرَفْ فيه وَجَبَ رَدُّه ، كالغازِى والغارِمِ وابنِ السَّبيلِ . ووَجْهُ الرِّوايَةِ الأُولَى ، أنَّ ابنَ عمرَ رَدَّ مُكاتَبًا فى الرِّقِّ ، فأمْسَكَ ما أخَذَه منه[2] . ولأنَّه يأْخُذُ لحاجتِه ، فلم يَرُدَّ ما أخَذَه ، كالفقيرِ والمسكينِ .

الإنصاف

الخِرَقِىُّ ، فمَن بعدَه . ونصُّ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ : تُقْبَلُ شَهادَتُهما عليه . وقطَع به الخِرَقِىُّ وغيرُه . وهو المذهبُ . وقال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهم : قِياسُ المذهبِ ، لا تُقْبَلُ شَهادَتُهما عليه ، واخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى ، وصاحِبُ « الرَّوْضَةِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

---

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٠/٣٤١ .

الشرح الكبير

وأمَّا الغازِى فإنَّه يأْخُذُ لحاجَتِنا[1] إليه بقَدْرِ ما يَكْفِيه لغَزْوِه . وأمَّا الغارِمُ فإن غَرِمَ لإصْلاحِ ذاتِ البَيْنِ ، فهو كالغازِى ، يأخذُ لحاجتِنا إليه ، وإن غَرِمَ لمَصْلَحَةِ نَفْسِه فهو كمسألتِنا ، لا يَرُدُّه .

فصل : فأمَّا ما أدَّاه إلى سيدِه قبلَ عَجْزِه ، فلا يَجبُ رَدُّه بحالٍ ؛ لأنَّ المُكاتَبَ صَرَفَه فى الجِهَةِ التى أخَذَه لها ، وثَبَتَ مِلْكُ سيدِه عليه مِلْكًا مُسْتَقِرًّا ، فلم يَزُلْ مِلْكُه عنه ، كما لو عَتَقَ المُكاتَبُ. ويُفارِقُ ما فى يَدِ المُكاتَبِ ، فإنَّ مِلْكَ سيدِه لم يَثْبُتْ عليه قبلَ هذا ، والخِلافُ فى ابْتِداءِ ثُبُوتِه . وما تَلِفَ فى يَدِ المُكاتَبِ لم يَرْجِعْ به[2] عليه ، سَواءٌ عَجَزَ أو أدَّى ؛ لأنَّ مالَه تَلِفَ فى يَدِه ، أشْبَهَ ما لو تَلِفَ [3]فى يَدِ[3] سائِرِ أصْنافِ الصَّدَقَةِ . وإنِ اشْتَرَى به عَرْضًا ، وعَجَزَ والعَرْضُ فى يَدِه ، ففيه مِن الخِلافِ مثلُ ما لو وَجَدَه بعَيْنِه ؛ لأنَّ العَرْضَ عِوَضُه وقائِمٌ مَقامَه ، فأشْبَهَ ما لو أُعْطِىَ الغازِى مِن الصَّدَقَةِ ما اشْتَرَى به فَرَسًا وسِلاحًا ثم فَضَلَ عن حاجتِه .

فصل : ومَوْتُ المُكاتَبِ قبلَ الأداءِ كعَجْزِه فيما ذَكَرْنا ؛ لأنَّ سيدَه يأْخُذُ ما فى يَدِه قبلَ حُصولِ مَقْصودِ الكتابةِ . وإن أدَّى وبَقِىَ فى يَدِه شىءٌ فحكمُه فى رَدِّه وأخْذِه حكمُ سيدِه فى ذلك عندَ عَجْزِه ؛ لأنَّه مالٌ لم يُؤَدِّه

الإنصاف ....

(1) فى الأصل : « لحاجته » .

(2) سقط من : الأصل .

(3 - 3) فى الأصل : « ما فى » .

الشرح الكبير

فى كتابتِه ، بَقِىَ بعدَ[1] زَوالِها . فإن كان قد اسْتَدانَ ما أدَّاه فى الكتابةِ ، وبَقِىَ عندَه مِن الصَّدَقةِ بقَدْرِ[2] ما يَقْضِى به دَيْنَه ، لم يَلْزَمْه رَدُّه ؛ لأنَّه مُحْتاجٌ إليه بسَبَبِ الكتابةِ ، فأشْبَهَ ما يَحْتاجُ إليه فى أدائِها .

فصل : إذا قال السيدُ لمُكاتَبِه : متى عَجَزْتَ بعدَ مَوْتِى فأنتَ حُرٌّ . فهذا تَعْلِيقٌ للحُرِّيةِ[3] على صِفَةٍ تَحْدُثُ بعدَ الموتِ . وفيه اخْتِلافٌ ذَكَرْناه[4] . فإن قُلْنا : لا يَصِحُّ . فَلا كلامَ . وإن قُلْنا : يَصِحُّ . فمتى عَجَزَ بعدَ الموتِ صار حُرًّا بالصِّفَةِ . فإنِ ادَّعَى العَجْزَ قبلَ حُلُولِ النَّجْمِ لم يَعْتِقْ ؛ لأنَّه لم يجبْ عليه شىءٌ [٦/٦٥ و] يَعْجِزُ عنه . وإن كان بعدَ حُلُولِه ومعه ما يُؤَدِّيه لم يُقْبَلْ قوْلُه ؛ لأنَّه غيرُ عاجزٍ ، وإن لم يَكُنْ معه مالٌ ظاهِرٌ ، فصَدَّقَه الوَرَثَةُ ، عَتَقَ ، وإن كذَّبُوه فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ المالِ وعَجْزُه ، فإذا حَلَفَ عَتَقَ . وإذا عَتَقَ بهذِه الصِّفَةِ ، كان ما فى يَدِه له إن لم تَكُنْ كِتابَتُه فُسِخَتْ ؛ لأنَّ العَجْزَ لا تَنْفَسِخُ به الكِتابَةُ[5] ، وإنَّما يَثْبُتُ به اسْتِحْقاقُ الفَسْخِ ، والحُرِّيةُ تَحْصُلُ به بأوَّلِ وُجُودِه ، فتكونُ الحُرِّيةُ قد حَصَلَتْ له فى حالِ كِتابَتِه ، فيكونُ ما فى يَدِه له ، كما لو عَتَقَ بالإبْراءِ مِن مالِ الكِتابةِ . ومُقْتَضَى قولِ[6] أصْحابِنا ، أنَّ

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « بقدر » .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى الأصل : « تعجيز به » .
(٤) تقدم الكلام عليه فى صفحة ٣٥٥ .
(٥) سقط من : الأصل .
(٦) بعده فى م : « بعض » .

الشرح الكبير

كِتابَتَه تَبْطُلُ ، ويكونُ ما فى يَدِه لوَرَثَةِ سيدِه .

فصل : إذا كاتَبَ عَبْدًا فى صِحَّتِه ، ثم أعْتَقَه فى مرَضِ موتِه ، أو أبْرَأه مِن مالِ الكتابةِ ، فإن كان يَخْرُجُ مِن ثُلُثِه الأقَلُّ مِن قِيمَتِه أو مالِ كتابَتِه عَتَقَ ، مثلَ أن يكونَ له سِوَى المُكاتَبِ مائتان ، وقِيمةُ المُكاتَبِ مائةٌ ، ومالُ الكتابَةِ مائةٌ وخمسون ، فإنَّا نَعْتَبرُ قِيمتَه دُونَ مالِ الكِتابَةِ ، وهى تَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ . وإن كان بالعكسِ اعْتَبَرْنا مالَ الكِتابَةِ ونَفَذَ العِتْقُ ، ويُعْتَبَرُ الباقى مِن مالِ الكِتابَةِ دُونَ ما أدَّى منها ، وإنَّما اعْتَبَرْنا الأقَلَّ[(١)] ؛ لأنَّ قِيمَتَه إن كانت أقَلَّ فهى قِيمَةُ ما أتْلَفَ بالإعْتاقِ ، ومالُ الكِتابَةِ ما اسْتَقَرَّ عليه ، فإنَّ للعَبْدِ إسْقَاطَه بتَعْجِيزِ نَفْسِه ، أو يَمْتَنِعُ مِن أدائِه ، فلا يُجْبَرُ عليه ، فلم يُحْتَسَبْ له به ، وإن كان عِوَضُ الكِتابَةِ أقلَّ اعْتَبَرْناه ؛ لأنَّه يَعْتِقُ بأدائِه ، ولا يَسْتَحِقُّ السيدُ عليه سِواه ، وقد ضَعُفَ[(٢)] مِلْكُه فيه وصار عِوَضَه . وإن كان كلُّ واحدٍ منهما لا يَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ ، مثلَ أن يكونَ مالُه سِوَى المُكاتَبِ مائةً ، فإنَّا نَضُمُّ الأقَلَّ مِن قِيمَتِه أو مالِ الكِتابَةِ ، ونَعْمَلُ بحسابِه ، فيَعْتِقُ منه ثُلُثاه ، ويَبْقَى ثُلُثُه بثُلُثِ مالِ الكِتابةِ ، فإنْ أدَّاه عَتَقَ ، وإلَّا رَقَّ منه ثُلُثُه . ويَحْتَمِلُ أنَّه إذا كان مالُ الكِتابَةِ مائَةً وخمسين ، فيَبْقَى[(٣)] ثُلُثُه بخَمْسِين فأدَّاها ، أن نقولَ : قد زاد مالُ المَيِّتِ ؛ لأنه

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « الأول » .

(٢) فى الأصل : « ضعفه » .

(٣) فى م : « فيفى » .

الشرح الكبير

حُسِبَ على الوَرَثَةِ بمائةٍ ، وحَصَلَ لهم بثُلُثِه(١) خَمْسونَ ، فقد زاد مالُ المَيِّتِ ، فيَنْبَغِى أن يَزِيدَ ما يَعْتِقُ منه ؛ لأنَّ هذا المالَ يَحْصُلُ لهم بعَقْدِ السيدِ والإِرْثِ عنه . ويجبُ أن يكونَ المُعْتَبَرُ مِن مالِ الكِتابَةِ ثلاثةَ أرْباعِه ؛ لأنَّ رُبْعَه يجبُ إيتاؤُه للمُكاتَبِ(٢) ، فلا يُحْسَبُ مِن مالِ المَيِّتِ . فإن كان ثلاثةُ أرْباعِ مالِ الكتابةِ مائةً وخمسين ، وقِيمةُ العَبْدِ مائةً ، وللمَيِّتِ مائةٌ أُخْرَى ، عَتَقَ مِن العبدِ ثُلُثاه ، وحَصَلَ للوَرَثَةِ مِن كِتابَةِ العبدِ خمْسونَ ، عن ثُلُثِ العبدِ المَحْسُوبِ عليهم بثُلُثِ(٣) المائةِ ، فقد زاد لهم ثُلُثُ الخَمْسين ، فيَعْتِقُ مِن العبدِ قَدْرُ ثُلُثِها ، وهو تُسْعُ الخَمْسين ، وذلك نِصْفُ تُسْعِه ، فصار العِتْقُ ثابتًا فى ثُلُثَيْه ونِصْفِ تُسْعِه ، وحصلَ للورَثَةِ المائةُ وثمانيةُ أتْساعِ الخَمْسين ، وهو مِثْلا ما عَتَقَ منه . فإن قِيل : لِمَ أعْتَقْتُمْ بَعْضَه ، وقد بَقِىَ عليه [٦٥/٦ ظ] بَعْضُ مالِ الكِتابةِ ، (٤)وقد قُلْتُمْ : إن المُكاتَبَ لا يَعْتِقُ منه شَىْءٌ حتى يُؤَدِّىَ جميعَ مالِ الكتابةِ(٤) ؟ قُلْنا : إنَّما أعْتَقْنا بَعْضَه هـٰهُنا بإعْتاقِ سيدِه ، لا بالكتابَةِ ، ولمّا كان العِتْقُ فى مرَضِ مَوْتِه ، نَفَذَ فى ثُلُثِ مالِه ، وبَقِىَ باقِيه لِحَقِّ الوَرَثَةِ ، والمَوْضِعُ الذى لا يَعْتِقُ(٥) إلَّا بأداءِ جَمِيعِ مالِ(٦) الكِتابةِ ، إذا كان عِتْقُه بها ؛ لأنَّه إذا بَقِىَ عليه شىءٌ ،

الإنصاف ....

(١) فى م : « ثلثه » .
(٢) فى الأصل : « وللمكاتب » .
(٣) فى م : « ثلث » .
(٤ - ٤) سقط من : م .
(٥) سقط من : الأصل .
(٦) سقط من : م .

الشرح الكبير

فما حصَلَ الاسْتِيفاءُ يَخُصُّ المُعاوضَةَ ، فلم تثْبُتِ الحُرِّيةُ فى العِوَضِ .

فصل : فإن وَصَّى سيدُه بإعْتاقِه ، أو إبْرائِه مِن الكِتابةِ ، وكان يَخْرُجُ مِن ثُلُثِه أقَلُّ الأمْرَيْن مِن قِيمَتِه أو مالِ الكِتابَةِ ، فالحُكْمُ فيه كالحُكْمِ فيما إذا أعْتَقَه فى مَرَضِه ، أو أبْرأه ، إلَّا أنَّه لا يَحْتاجُ هٰهُنا إلى إيقاعِ العِتْقِ ؛ لأنَّه أوْصَى به . وإن لم يَخْرُجِ الأقَلُّ منهما مِن ثُلُثِه ، عَتَقَ[1] منه بقَدْرِ الثُّلُثِ ، ويَسْقُطُ مِن الكِتابةِ بقَدْرِ ما عَتَقَ ، ويَبْقَى باقِيه على باقى الكِتابَةِ ، فإذا أدَّاه عَتَقَ جَمِيعُه ، وإن عَجزَ عَتَقَ منه بقَدْرِ الثُّلُثِ ورَقَّ الباقى . وقياسُ المذهبِ أن يتَنَجَّزَ عِتْقُ ثُلُثِه فى الحالِ وإن لم يَحْصُلْ للوَرَثةِ فى الحالِ شىءٌ ؛ لأنَّ حَقَّ الوَرَثَةِ مُتَحَقِّقُ الحصولِ ، فإنَّه إن أدَّى وإلَّا عاد البَاقِى قِنًّا . وذكَرَ القاضى فيه وجْهًا آخرَ ، أنَّه لا يَتَنَجَّزُ عِتْقُ شىءٍ منه إذا لم يكُنْ للمَيِّتِ مالٌ سِواهُ ؛ لئلَّا يَتَنَجَّزَ للوَصِيَّةِ ما عَتَقَ منه[2] ويتأَخَّرَ حَقُّ الوارِثِ ، ولذلك لو كان له مالٌ غائبٌ ، أو دَيْنٌ حاضِرٌ ، لم تَتَنَجَّزْ وَصِيَّتُه مِن الحاضِرِ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لما ذكَرْناه . وأمَّا الحاضِرُ والغائِبُ ، فإنَّه إن كان مُوصًى له بالحاضِرِ أخَذَ ثُلُثَه فى الحالِ ، ووَقَفَ الباقِى على قُدومِ الغائِبِ ، فقد حَصَلَ للمُوصَى له ثُلُثُ الحاضِرِ ، ولم يَحْصُلْ للوَرَثَةِ شىءٌ فى الحالِ ، فهى كمسألتِنا ، ولم يَكْمُلْ له جميعُ وَصِيَّتِه ؛ (٣لأنَّ الغائِبَ٣) غيرُ مَوْثوقٍ[4] بحُصولِه ، فإنَّه

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « أعتق » .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى الأصل : « موقوف » .

الشرح الكبير

ربَّما تَلِفَ ، بخِلافِ ما نحن فيه ، فأمَّا الزِّيادَةُ الحاصلَةَ بزيادَةِ مالِ الكِتابَةِ ، فإنَّها تَقِفُ على أدائِه .

فصل : قال الخِرَقِىُّ : وإذا كان العبدُ لثَلاثَةٍ ، فجاءَهُم بثلاثِمائةِ دِرْهَمٍ ، فقال : بيعُونى نَفْسِى بها . فأجابُوه ، فلمَّا عاد إليْهم ليَكْتُبوا له كِتابًا ، أنْكَرَ أحَدُهم أن يكونَ أخَذَ شيئًا ، وشَهِدَ الرَّجُلانِ عليه بالأخْذِ ، فقد صار العَبْدُ حُرًّا بشهادَةِ الشَّرِيكَيْنِ إذا كانا عَدْلَيْن ، ويُشارِكُهُما فيما أخَذَا مِن المالِ ، وليس على العبدِ شىءٌ . اعْتُرِضَ على الخِرَقِىِّ فى هذه المسألةِ ، حيث أجاز له شِراءَ نَفْسِه بعَيْنِ ما فى يَدِه ، مع أنَّه قد ذكَرَ فى بابِ العِتْقِ : إذا قال العبدُ لرَجُلٍ : اشْتَرِنى مِن سيدِى بهذا المالِ وأعْتِقْنِى . فاشْتَراهُ بعينِ المالِ ، كان الشِّراءُ والعِتْقُ باطِلًا ، ويكونُ السيدُ قد أخذَ مالَه . فأجابَ القاضى عن هذا الإشْكالِ بوُجوهٍ : منها ، أن يكونَ مُكاتَبًا ، وقولُه : بيعُونِى نَفْسِى بهذه . أى أُعَجِّلُ لكم الثَّلاثَمِائة وتَضْعُونَ عنِّى ما بَقِىَ مِن كِتابَتِى ، ولهذا ذَكرها فى بابِ المُكاتَبِ . الثانى ، أن يكُون [٦٦/٦ و] (١المالُ فى يَدِ١) العبدِ لأجْنَبِىٍّ قال له : اشْتَرِ نَفْسَكَ بها . مِن غيرِ أن يُمَلِّكَه إيَّاها . الثالثُ ، أن (٢يكونَ عِتْقًا بصفةٍ٢) ، تقْدِيرُه : إذا قَبَضْنا منك هذه الدَّراهِمَ فأنت حُرٌّ . الرابعُ ، أن يكونَ سادَتُه رَضُوا ببَيْعِه نَفْسَه بما فى يَدِه ، وفِعْلُهم ذلك معه(٣) إعْتاقٌ منهم مشْرُوطٌ بتأْدِيَةِ ذلك إليهم ،

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فى الأصل : « يكونا عتقا نصفه » .

(٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فتكونُ صُورَتُه صُورةَ البَيْعِ ، ومعناه العِتْقُ بشَرْطِ الأداءِ ، كما لو قال : بِعْتُكَ نَفْسَك بخِدْمَتِى سَنَةً . فإنَّ مَنافِعَه مَمْلُوكَةٌ لسيدِه ، وقد صَحَّ هذا فيها[1] ، فكذا هٰهُنا . قال شيخُنا[2] : وهذا الوَجْهُ أظْهَرُها[3] ، إن شاء الله تعالى ؛ لأنَّه لا يَحْتَاجُ إلى تأْوِيلٍ ، ومتى أمْكَنَ حَمْلُ الكلامِ على ظاهِرِه لم يَجُزْ تأْوِيلُه بغيرِ دليلٍ . إذا تقَرَّرَ هذا ، فمتى اشْتَرَى العبدُ نَفْسَه مِن سادَتِه عَتَقَ ؛ لأنَّ البَيْعَ يُخْرِجُه مِن[4] مِلْكِهم ، ولا يَثْبُتُ عليه مِلْكٌ آخَرُ ، إلَّا أنَّه هٰهُنا لا يَعْتِقُ إلَّا بالقَبْضِ ؛ لأنَّا جَعَلْناه عِتْقًا مشْرُوطًا به . ولهذا قال الخِرَقِىُّ : وقد صار العَبْدُ حُرًّا بشَهادَةِ الشَّرِيكَيْن اللذين شَهِدا بالقَبْضِ . ولو عَتَقَ بالبَيْعِ ، لعَتَقَ باعْترافِهم به ، لا بالشَّهادَةِ بالقَبْضِ . ومتى أنْكَرَ أحَدُهم أخْذَ نَصِيبِه مِن الثَّمَنِ ، فشَهِدَ عليه شَرِيكاه ، وكانا عَدْلَيْن ، قُبِلَتْ شَهادَتُهما ؛ لأنهما شَهِدا للعبدِ بأداءِ ما يَعْتِقُ به ، فقُبِلَتْ شهادَتُهما ، كالأجْنَبِيَّيْن ، ويَرْجِعُ المشهودُ عليه عليهما فيُشارِكُهما فيما أخَذاه ؛ لأنَّهما اعْتَرَفا بأخْذِ مائتَيْن مِن ثَمَنِ العبدِ ، والعبدُ مُشْتَرَكٌ بينَهم ، فثَمَنُه[5] يجبُ أنْ يكونَ بينَهم ، ولأنَّ ما فى يَدِ العبدِ لهم ، والذى أخَذاه كان فى يَدِه ، فيجِبُ أن يَشْتَرِكَ فيه الجميعُ ويكونَ بينَهم بالسَّوِيَّةِ ،

الإنصاف ....

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى : المغنى ١٤/٥٤٨ .

(٣) فى م : « أظهر » .

(٤) فى م : « عن » .

(٥) فى الأصل : « قيمته » .

الشرح الكبير

وشهادتُهما فيما لهما فيه نَفْعٌ غيرُ مَقْبولَةٍ ، ودَفْعُ مُشارَكَتِه لهما فيه نَفْعٌ لهما ، فلم تُقْبَلْ شَهادتُهما فيه ، وقُبِلَتْ فيما يَنْتَفِعُ به العبدُ دُونَ ما يَنْتَفِعان به ، كما لو أقَرَّ بشىءٍ لغيرِهما (١ضَرَرٌ و١) لهما(٢) فيه نَفْعٌ ، فإنَّ إقرارَهما يُقْبَلُ فيما عليهما دُونَ ما لهما . وقياسُ المذهبِ أن لا تُقْبَلَ شَهادَتُهما على شَرِيكِهما بالقَبْضِ ؛ لأنَّهما يَدْفَعان بها عن أنْفُسِهما (٣ضَرَرًا و٣) مَغْرَمًا ، ومَن شَهِدَ بشهادَةٍ يَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفْعًا بَطَلَتْ شَهادَتُه فى الكُلِّ ، وإنَّما يُقْبَلُ ذلك فى الإقْرارِ ؛ لأنَّ العدالَةَ غيرُ مُعْتَبَرَةٍ فيه ، والتُّهْمَةُ لا تَمْنَعُ مِن صِحَّتِه ، بخِلافِ الشهادَةِ . فعلى هذا القياسِ ، يَعْتِقُ نَصِيبُ الشاهِدين بإقْرارِهما ، ويَبْقَى نَصيبُ المشهودِ عليه موْقُوفًا على القَبْضِ ، وله مُطالَبَتُه بنَصِيبِه أو مُشارَكَةُ صَاحِبَيْه(٤) بما أخَذا(٥) ، فإن شارَكَهُما أخذَ منهما ثُلُثَىْ مائَةٍ ، ورَجَعَ على العبدِ بتَمامِ المائَةِ ، ولا يَرْجِعُ المأخُوذُ منه(٦) على الآخرِ بشىءٍ ؛ لأنَّه إن أخَذَ مِن العبدِ ، فهو يقولُ : ظَلَمَنِى ، وأخَذَ مِنى مَرَّتَيْن . وإن أخَذَ مِن الشَّاهِدَيْن ، فهما يقُولانِ : ظَلَمَنا وأخَذَ منَّا ما لا يَسْتَحِقُّه علَيْنا . ولا يَرْجِعُ المظْلُومُ على غيرِ ظَالِمه . وإن كانا غيرَ عَدْلَيْن فكذلك ، سواءٌ قُلْنا : إنَّ شَهادَةَ العَدْلَيْن مَقْبُولَةٌ . أو لا ؛ لأنَّ غيرَ العَدْلِ لا تُقْبَلُ [٦٦/٦ ظ] شَهادَتُه ، وإنَّما يؤاخَذُ بإقرارِه . وإن أنْكَرَ الثَّالثُ البَيْعَ فنَصِيبُه باقٍ على

....

الإنصاف

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) زيادة من : م .

(٤) فى الأصل : « صاحبه » .

(٥) فى م : « أخذ » .

(٦) بعده فى الأصل : « منهم » .

الشرح الكبير

الرِّقِّ إذا حلَفَ ، إلَّا أنْ يَشْهَدا عليه بالبَيْعِ ، ويَكونانِ عَدْلَيْن ، فتُقْبَلُ شهادَتُهما ؛ لأنَّهما لا يَجُرَّان إلى أنْفُسِهما بهذه الشَّهادَةِ نَفْعًا .

فصل : وإذا كان العبدُ بينَ شَرِيكَيْن ، فكاتَباه بمائةٍ ، فادَّعَى دَفْعَها إليهما ، وصَدَّقاه ، عَتَقَ ، وإن أنْكَراه ، ولم تكُنْ بَيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُهما مع أيْمانِهما . وإنْ أقَرَّ أحدُهما وأنْكَرَ الآخَرُ ، عَتَقَ نَصِيبُ المُقِرِّ ، وأمَّا المُنْكِرُ ، فعلى قولِ الخِرَقِيِّ ، تُقْبَلُ شَهادةُ شَرِيكِه[1] عليه إذا كان[2] عَدْلًا ، فيَحْلِفُ العبدُ مع شَهادَتِه[3] ، ويَصِيرُ حُرًّا ، [4]ويَرْجِعُ[4] المُنْكِرُ على الشَّاهِدِ ، فيُشارِكُه فيما أخَذَه . وأمَّا القِياسُ فيَقْتَضِي أن لا تُسْمَعَ شهادَةُ شَرِيكِه عليه ؛ لأنَّه يَدْفَعُ بشهادَتِه عن نَفْسِه مَغْرَمًا ، والقولُ قولُ السَّيدِ مع يَمِينِه ، فإذا حَلَفَ ، فله مُطالَبَةُ شَرِيكِه بنِصْفِ ما اعْتَرَفَ به ، وهو خَمْسَةٌ وعشرون ؛ لأنَّ ما قَبَضَه كَسْبُ العَبْدِ ، وهو مُشْتَرَكٌ بينَهما . فإن قِيلَ : فالمُنْكِرُ يُنْكِرُ قَبْضَ شَرِيكِه ، فكَيْفَ يَرْجِعُ عليه ؟ قُلْنا : إنَّما يُنْكِرُ قَبْضَ نَفْسِه ، وشَرِيكُه مُقِرٌّ بالقَبْضِ ، ويجوزُ أن يكونَ قد قَبَضَ فلم يَعْلَمْ به ، وإذا أقَرَّ بمُتَصَوَّرٍ لَزِمَه حُكْمُ إقْرارِه ، ومِن حُكْمِه جَوازُ رُجوعِ شَرِيكِه عليه . فإن قيلَ : لو كان عليه دَيْنٌ لاثْنَيْن فوَفَّى أحَدَهما ، لم يَرْجِعِ

الإنصاف ....

(١) في م : « شريكيه » .
(٢) في م : « كانا » .
(٣) في م : « شهادتهما » .
(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

الآخَرُ على شَرِيكِه ، فلِمَ رَجَعَ هـٰهُنا ؟ قُلْنا : إن كان الدَّيْنُ ثابتًا بسَبَبٍ واحِدٍ ، فما قَبَضَ أحدُهما منه رَجَعَ به الآخَرُ عليه ، كمسألتِنا ، وعلى أنَّ هذا يُفارِقُ الدَّيْنَ ، لكونِ الدَّيْنِ لا يَتَعَلَّقُ بما فى يَدِ الغَرِيمِ ، إنَّما يَتَعَلَّقُ بذِمَّتِه حَسْبُ ، والسيدُ يتَعَلَّقُ حَقُّه بما فى يَدِ المُكاتَبِ ، فلا يَدْفَعُ شيئًا منه إلى أحَدِهما ، إلَّا كان حَقُّ الآخَرِ ثابتًا فيه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إن رَجَعَ على العبدِ بخَمْسِين ، اسْتَقَرَّ مِلْكُ الشَّرِيكِ على ما أخَذَه ، ولم يَرْجِعِ العبدُ عليه بشىءٍ ؛ لأنَّه إنَّما قَبَضَ حَقَّه ، وإن رَجَعَ على الشَّرِيكِ ، رَجَعَ عليه بخَمْسَةٍ وعِشْرين ، وعلى العَبْدِ بخَمْسةٍ وعِشْرين ، ولم يَرْجِعْ أحَدُهما على الآخَرِ بما أخَذَه منه ؛ لما[1] ذَكَرْنا مِن قبلُ . وإن عَجَزَ العبدُ [2]عن أداءِ[2] ما يَرْجِعُ به عليه ، فله تَعْجِيزُه واسْتِرْقاقُه ، ويكونُ نِصْفُه حُرًّا ونِصْفُه رَقِيقًا ، ويَرْجِعُ على الشَّرِيكِ بنِصْفِ ما أخَذَه ، ولا تَسْرِى الحُرِّيَّةُ فيه ؛ لأنَّ الشَّرِيكَ والعبدَ يَعْتَقِدان أنَّ الحُرِّيَّةَ ثابتَةٌ فى جميعِه ، وأنَّ المُنْكِرَ غاصِبٌ لهذا النِّصْفِ الذى اسْتَرَقَّه ظَالِمٌ باسْتِرْقاقِه ، والمُنْكِرُ يَدَّعِى رِقَّ العبدِ جميعِه ، ولا يَعْتَرِفُ بحُرِّيَّةِ شىءٍ منه ؛ لأنَّه يَزْعُمُ أنَّنى[3] ما قَبَضْتُ نَصِيبِى[4] مِن كتابتِه ، وشَرِيكى إن قَبَضَ شيئًا [5]فقد قَبَضَ شيئًا[5] اسْتَحَقَّ نِصْفَه بغيرِ إذْنِى ، فلا يَعْتِقُ شىءٌ منه بهذا القَبْضِ . وسِرايةُ العِتْقِ مُمْتَنِعَةٌ

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « كما » .
(٢ - ٢) فى النسختين : « بأداء » والمثبت كما فى المغنى ١٤/ ٥٥٠ .
(٣) فى م : « أنه » .
(٤) سقط من : الأصل .
(٥ - ٥) سقط من : م .

الشرح الكبير

على كلا القَوْلَيْن ؛ لأنَّ[1] السِّرايةَ إنَّما تكونُ فيما إذا أُعْتِقَ بعضُه وبَقِيَ بعضُه رَقِيقًا ، وجَمِيعُهم متَّفِقون على خِلافِ ذلك . وهذا مَنْصوصُ الشافعيِّ . [٦٧/٦ و]

فصل : فإنِ ادَّعَى العبدُ أنَّه دَفَعَ المائَةَ إلى أحدِهما ؛ ليَدْفَعَ إلى شَريكِه حَقَّه ويأْخُذَ الباقِيَ ، فأنْكَرَ المُدَّعَى عليه ، حَلَفَ وبَرِئَ . فإن قال : إنَّما دَفَعْتَ إلَيَّ حَقِّي ، وإلى شَريكي حَقَّه . ولا بَيِّنَةَ للعبدِ ، فالقولُ قولُ المدَّعَى عليه ، في أنَّه لم يَقْبِضْ إلَّا قَدْرَ حَقِّه ، مع يَمِينِه ، ولا نزاعَ بينَ العبدِ وبينَ الآخَرِ ؛ لأنَّه لم يَدَّعِ عليه شيئًا ، وله مُطالَبَةُ العبدِ بجميعِ حَقِّه ، وله مُطالَبَتُه بنِصْفِه ، ومُطالَبَةُ القابضِ بنِصْفِ ما قَبَضَه ، فإنِ اختار مُطالَبَةَ العبدِ ، فله القَبْضُ منه بغيرِ يَمِينٍ ، وإنِ اخْتارَ الرُّجُوعَ على شَريكِه بنِصْفِه ، فللشَّريكِ عليه اليَمِينُ أنَّه لم يَقْبِضْ مِن المُكاتَبِ شيئًا ؛ لأنَّه لو أقَرَّ بذلك لسَقَطَ حَقُّه مِن الرُّجُوعِ ، فإذا أنْكَرَه لَزِمَتْه اليَمِينُ . فإن شَهِدَ القابِضُ على شَريكِه بالقَبْضِ لم تُقْبَلْ شهادَتُه ؛ لمعْنَيَيْن ؛ أحدُهما ، أنَّ المُكاتَبَ لم يَدَّعِ عليه شيئًا ، وإنَّما تُقْبَلُ البَيِّنَةُ إذا شَهِدَتْ بصِدْقِ المدَّعِي . الثاني ، أنَّه يَدْفَعُ عن نَفْسِه مَغْرَمًا . فإن عَجَزَ العَبْدُ فلغيرِ القابضِ أن يَسْتَرِقَّ نِصْفَه ، ويُقَوَّمُ عليه نَصِيبُ شَرِيكِه ؛ لأنَّ العبدَ مُعْتَرِفٌ برِقِّه ، غيرُ مُدَّعٍ لحُرِّيَّةِ هذا النَّصِيبِ ، بخِلافِ التي قَبْلَها . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقَوَّمَ أيضًا ؛ لأنَّ القابضَ يَدَّعِي حُرِّيَّةَ جَمِيعِه ، والمُنْكِرُ يَدَّعِي ما يُوجِبُ رِقَّ جَمِيعِه ، فإنَّهما

(١) في م : « و » .

الشرح الكبير يقُولان : ما قَبَضَه قَبضَه بغيرِ حَقٍّ ، فلا يَعْتِقُ حتى يُسَلِّمَ إلىَّ مِثْلَ ما سَلَّمَ إليه . وإذا كان أحَدُهما يَدَّعِى رِقَّ[1] جَمِيعِه ، والآخَرُ يَدَّعِى [2]حُرية جميعِه[2] ، فما اتَّفقا على حُرِّيةِ البعضِ دُونَ البَعْضِ .

فصل : وإنِ اعْتَرَفَ المُدَّعَى [عَلَيْهِ][3] بقَبْضِ المائةِ ، على الوَجْهِ الذى ادَّعاهُ المُكاتَبُ ، وقال : قد دَفَعْتُ إلى شَريكى نِصْفَها . فأنْكَرَ الشَّرِيكُ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، وله مُطالَبَةُ مَن شاءَ منهما بجَمِيعِ حَقِّه ، وللمَرْجُوعِ عليه أن يُحَلِّفَه ، فإن رَجَعَ على الشَّرِيكِ فأخَذَ منه خَمْسِينَ ، كان له ذلك ؛ لأنَّه اعْتَرَفَ بقَبْضِ المائةِ كُلِّها ، ويَعْتِقُ المُكاتَبُ ؛ لأنَّه وَصَلَ إلى كلٍّ واحِدٍ منهما قَدْرَ حَقِّه مِن الكِتابَةِ ، ولا يَرْجِعُ الشَّرِيكُ عليه بشىءٍ ؛ لأنَّه يَعْتَرِفُ له بأداءِ ما عليه وبَراءَتِه منه ، وإنَّما يَزْعُمُ أنَّ شَرِيكَه ظَلَمَه ، فلا يَرْجِعُ على غيرِ ظالِمِه . وإن رَجَعَ على العبدِ ، فله أن يأْخُذَ منه الخمسين ؛ لأنَّه يزْعُمُ أنَّه ما قَبَضَ شيئًا مِن كتابَتِه ، وللعبدِ الرُّجُوعُ على القابِضِ بها ، سَواءٌ صَدَّقَه فى دَفْعِها إلى المُنْكِرِ أو كَذَّبَه ؛ لأنَّه وإن دَفَعَها فقد دَفَعَها دَفْعًا غيرَ مُبْرِئٍ ، فكان مُفرِّطًا ، ويَعْتِقُ العبدُ بأدائِها ، فإن عَجَزَ عن أدائِها فله أن يأْخُذَها مِن القابِضِ ثم يُسَلِّمَها ، فإن تَعَذَّرَ ذلك ، فله تَعْجِيزُه واسْتِرْقاقُ نِصْفِه ومُشارَكَةُ القابِضِ فى الخمسين التى قَبَضَها

(1) سقط من : م .

(2 - 2) فى م : « جزأه » .

(3) زيادة يستقيم بها المعنى .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْكِتَابَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُنْكِرُهَا .

الشرح الكبير

عِوَضًا عن نَصِيبه ، ويُقَوَّمُ على الشَّرِيكِ القابِضِ إن كان مُوسِرًا ، إلَّا أن يكونَ [٦٧/٦ ظ] العبدُ يُصدِّقُه فى دَفْعِ الخمسين إلى شَرِيكِه ، فلا يُقَوَّمُ ؛ لأنَّه يَعْتَرِفُ أنَّه حُرٌّ وأنَّ هذا ظَلَمَه باسْتِرْقاقِ نِصْفِه الحُرِّ . وإن أمْكَنَ الرُّجُوعُ على القابِضِ بالخَمْسِين ودَفْعُها إلى المُنْكِرِ ، فامْتَنَعَ مِن ذلك ، فهل يَمْلِكُ المُنْكِرُ تَعْجِيزَه واسْتِرْقاقَ نِصْفِه ؟ على وَجْهَيْن ، بناءً على القولِ فى تَعْجِيزِ العَبْدِ نَفْسَه مع القُدْرَةِ على الأداءِ ، إن قُلْنا : له ذلك . فللمُنْكِرِ اسْتِرْقاقُه . وإن قُلْنا : ليس له ذلك . فليس للمُنْكِرِ اسْتِرْقاقُه ؛ لأنَّه قادِرٌ على الأداءِ . فإن قيل : فلِمَ لا يَرْجِعُ المُنْكِرُ على القابِضِ بنِصْفِ ما قَبَضَه إذا اسْتَرَقَّ نِصْفَ العبدِ ؟ قُلْنا : لأنَّه لو رَجَعَ بها لكان قابِضًا جميعَ حَقِّه مِن مالِ الكتابةِ ، فيَعْتِقُ المُكاتَبُ بذلك ، إلَّا أن يَتَعَذَّرَ قَبْضُها فى نُجومِها ، فتَنْفَسِخُ الكِتابةُ ، ثم يُطالِبُ بها بعدَ ذلك ، فيكونُ له الرُّجُوعُ بنِصْفِها ، كما لو كانت غائِبَةً فى بلدٍ آخَرَ ، وتَعَذَّرَ تَسْلِيمُها حتى فُسِخَتِ الكتابةُ . واللهُ أعلمُ .

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وإنِ اخْتَلَفا فى الكِتابَةِ ، فالقولُ قولُ مَن يُنْكِرُها) لأنَّ الأصْلَ مَعَه .

الإنصاف

قوله : وإنِ اخْتَلفا فى الكِتابَةِ ، فالقَوْلُ قَوْلُ مَن يُنْكِرُها . بلا نِزاعٍ .

المقنع وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى قَدْرِ عِوَضِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير **٣٠٣٥** – مسألة : (وإنِ اخْتَلَفا فى قَدْرِ عِوَضِها ، فالقولُ قولُ السيدِ فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن) إذا اخْتَلَفا فى عِوَضِ الكتابةِ ، فقال السيدُ : كاتَبْتُكَ على أَلْفَيْن . وقال المُكاتَبُ : على أَلْفٍ . فعنه ثلاثُ رِواياتٍ ؛ أحدُها ، القولُ قولُ السيدِ . ذَكَرَه الخِرَقِىُّ . قال القاضى : هذا المذهبُ . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوايَةِ الكَوْسَجِ . وهو قولُ الثَّوْرِىِّ ، والأَوْزَاعِىِّ ، وإسحاقَ . وقال أبو بكرٍ : اتَّفَقَ أحمدُ والشافعىُّ على أنَّهما يَتَحالَفان ويَترادَّان . وهو قولُ أبى يوسفَ ومحمدٍ ؛ لأنَّهما اخْتَلَفا فى عِوَضِ العَقْدِ القائمِ بينَهما ، فيَتَحالَفانِ إذا لم تكُنْ بَيِّنَةٌ ، كالمُتَبايِعين . وحُكِىَ عن أحمدَ رِوايَةٌ ثالِثَةٌ ، أنَّ القولَ قَوْلُ المُكاتَبِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنه مُنْكِرٌ للأَلْفِ الزَّائِدِ ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ ؛ لأنَّه مُدَّعًى عليه ، فيَدْخُلُ فى عُمُومِ قولِه عليه السَّلامُ : « ولَكِنَّ اليَمِينَ على المُدَّعَى عليه »[1] . ووَجْهُ الأُولَى ، أنَّه اخْتِلافٌ فى الكِتابَةِ ، فالقولُ قولُ السيدِ فيه ، كما لو اخْتَلَفا فى أصْلِها ، ويُفارِقُ البَيْعَ مِن وَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، أنَّ الأصْلَ فى البَيْعِ عَدَمُ

الإنصاف وقوله : وإنِ اخْتَلَفا فى قَدْرِ عِوَضِها ، فالقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْن . وهو المذهبُ . قال القاضى : هذا المذهبُ ، نصَّ عليه فى رِوايةِ الكَوْسَجِ . وجزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرُهم .

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٢/٤٧٨ .

الشرح الكبير

مِلْكِ كلِّ واحِدٍ منهما لما صار إليه ، والأَصْلُ فى المُكاتَبِ وكَسْبِه أنَّه لسيدِه ، فالقولُ قولُه فيه . الثانى ، أنَّ التَّحالُفَ فى البَيْعِ مُفِيدٌ ، ولا فائِدَةَ فى التَّحالُفِ فى الكتابةِ ، فإنَّ الحاصِلَ منه يَحْصُلُ بيَمِينِ السيدِ وحْدَه ، وبَيانُ ذلك أنَّ الحاصِلَ بالتَّحالُفِ فَسْخُ الكِتابَةِ ورَدُّ العَبْدِ إلى الرِّقِّ إذا لم يَرْضَ بما حَلَفَ عليه سيدُه ، وهذا يَحْصُلُ عندَ مَن جَعَلَ القولَ قولَ السيدِ مع يَمِينِه ، فلا يُشْرَعُ التَّحالُفُ مع عَدَمِ فائِدَتِه . وإنَّما قَدَّمْنا قولَ المُنْكِرِ فى سائِرِ المَوَاضِعِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ مَعه ، والأَصْلُ هٰهُنا مع السيدِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ مِلْكُه للعبدِ وكَسْبِه . إذا ثَبَتَ هذا ، [٦٨/٦ و] فمتى حَلَفَ السيدُ ثَبَتَتِ الكتابةُ بأَلْفَيْن ، كما لو اتَّفقا عليها ، وسَواءٌ كان اخْتِلافُهما قبلَ العِتْقِ أو بعدَه ، مِثلَ أن يدفَعَ إليه أَلْفَيْن فيَعْتِقَ ، ثُم يدَّعِىَ المُكاتَبُ أنَّ أحَدَهما عن الكتابةِ والآخَرَ ودِيعَةٌ ، ويقولَ السيدُ : بل هما[1] جميعًا مالُ الكتابةِ . ومَن قال بالتَّحالُفِ ، قال : إذا تحالَفا فلكُلِّ واحِدٍ منهما فَسْخُ الكتابةِ ، إلَّا أن يَرْضَى بقولِ صاحِبِه ، وإن كان التَّحالُفُ بعدَ العِتْقِ فى مثلِ الصُّورَةِ التى ذَكَرْناها لم ترتَفِعِ الحُرِّيةُ ؛ لأنَّها لا يُمْكِنُ رَفْعُها بعدَ حُصُولِها ولا إعادَةُ الرِّقِّ بعدَ رَفْعِه ، ولكن يَرْجِعُ السيدُ بقِيمتِه ، ويَرُدُّ عليه ما أدَّى إليه ، فإن كانا مِن جِنْسٍ واحِدٍ تَقاصَّا بقَدْرِ أقلِّهِمَا ، وأخَذَ ذُو الفَضْلِ فَضْلَه .

الإنصاف

وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ،

(١) فى م : « هى » .

المقنع وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى وَفَاءِ مَالِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ .

الشرح الكبير **٣٠٣٦** – مسألة : (وإنِ اخْتَلَفا فى وَفاءِ مالِها)[١] فقال العبدُ : أدَّيْتُ وعَتَقْتُ . وأنْكَرَ السيدُ (فالقولُ قولُ السيدِ) مع يَمِينِه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . وإنِ اخْتَلَفا فى إبْرائِه مِن مالِ الكتابةِ أو شىءٍ منه ، فالقَولُ قَولُ السيدِ مع يَمِينِه ؛ لذلك .

فصل : إذا كاتَبَ عَبْدَيْن ، واسْتَوْفَى مِن أحَدِهما ، ولم يَدْرِ أيَّهما اسْتَوْفَى ، فقياسُ المذهبِ أن يُقْرَعَ بينَهما ، فمَن خَرَجَتْ له القُرْعَةُ عَتَقَ ، ورَقَّ الآخَرُ ، كما لو أعْتَقَ عبدًا مِن عَبِيدِه وأُنْسِيَهُ . وإنِ ادَّعَى الآخَرُ عليه أنَّه أدَّى ، فعليه اليَمِينُ أنَّه ما أدَّى ، فإن نَكَلَ عَتَقَ الآخَرُ ، وإن مات السيدُ قبلَ القُرْعَةِ أقْرَعَ الوَرَثَةُ . فإنِ ادَّعَى الآخَرُ عليهم أنَّه المُؤَدِّى ، فعليهم اليَمِينُ

الإنصاف وغيرِهم . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، القَوْلُ قَوْلُ المُكاتَبِ . اخْتارَها جماعةٌ ؛ منهم الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهِما » ، والشِّيرازِىُّ . وصحَّحَها ابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » . وعنه ، يَتَحالَفان . اخْتارَها أبو بَكْرٍ ، وقال : اتَّفَقَ الشَّافِعِىُّ ، وأحمدُ ، رَحِمَهما اللهُ ، على أنَّهما يَتَحالَفان ويَترادَّان . وأطْلَقهُنَّ فى « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . فعلى رِوايَةِ التَّحالُفِ ، [٣/١٥٣و] إنْ تَحالَفا قبلَ العِتْقِ ، فُسِخَ العَقْدُ ، إلَّا أنْ يَرْضَى أحدُهما بما قال صاحِبُه ، وإنْ تَحالَفا بعدَ العِتْقِ ، رجَع السَّيِّدُ بقِيمَتِه ، ورجَع العَبْدُ بما أدَّاه .

قوله : وإنِ اخْتَلَفا فى وَفاءِ مَالِها ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ . بلا نِزاعٍ .

(١) سقط من الأصل من هنا إلى قوله : « فلا رجوع على السيد » الآتى فى صفحة ٤٠٨ .

الشرح الكبير

أنَّهم لا يَعْلَمُون أنَّه أدَّى ؛ لأنَّها يَمِينٌ على نَفْى فِعْلِ الغيرِ . فإن أقام أحَدُ العَبْدَيْن بيِّنَةً أنَّه أدَّى عَتَقَ ، سَواءٌ كان قبلَ القُرْعَةِ أو بَعْدَها ، فى حياةِ سيدِه أو بعدَ مَوْتِه . وإن كان ذلك قبلَ القُرْعَةِ ، تَعَيَّنَتِ الحُرِّيةُ فيه ورَقَّ الآخَرُ . فإن كان بعدَها ، فكذلك ؛ لأنَّ القُرْعَةَ ليست عِتْقًا ، وإنَّما هى مُعَيِّنَةٌ للعِتْقِ ، والبَيِّنَةُ أقْوَى منها ، فيَثْبُتُ بها خَطَأُ القُرْعَةِ ، فيَتَبَيَّنُ بَقاءُ الرِّقِّ فى الذى ظَنَنَّا حُرِّيَّته ، كما تَبيَّنَّا حُرِّيةَ مَن ظَنَنَّا رِقَّه . ولأنَّ مَن لم يُؤَدِّ لا يَصِيرُ مُؤَدِّيًا بوُقوعِ القُرْعَةِ له ، فلا يُوجَدُ حُكْمُه الذى هو العِتْقُ . ويتَخَرَّجُ على قولِ أبى بكرٍ وابنِ حامدٍ ، أن يَعْتِقا ، على ما نذْكُرُ فى الطلاقِ . وكذلك الحُكْمُ فيما إذا ذَكَرَ السيدُ المؤدِّىَ منهما ، ومتى ادَّعى الآخَرُ أنَّه أدَّى فله اليمينُ على المدَّعَى عليه ، مِن السيدِ والورثةِ ، إلَّا أنَّ السيدَ يَحْلِفُ على البَتِّ ، وأمَّا الوَرَثَةُ فإنِ ادَّعَى أنَّه دَفَعَ إلى مَوْرُوثِهم حَلَفُوا على نَفْى العِلْمِ ، وإنِ ادَّعَى أنَّه دَفَعَ إليهم حَلَفُوا على البَتِّ ، وعلى كُلِّ واحِدٍ من الوَرَثَةِ يَمِينٌ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهم مُدَّعًى عليه ، فلَزِمَتْه اليَمِينُ ، كما لو انْفَرَدَ بالدَّعْوَى .

فصل : إذا كان للمُكاتَبِ أولادٌ مِن مُعْتَقَةِ غيرِ سيدِه ، فقال سيدُه : قد أدَّى إلىَّ وعَتَقَ ، فانْجَرَّ ولاءُ وَلدِه إلىَّ . فأنْكَرَ ذلك مَوْلَى أُمِّهم وكان المُكاتَبُ حَيًّا ، صار حُرًّا بهذا القَولِ ؛ لأنَّه إقْرارٌ مِن سيدِه بعِتْقِه ، ويَنْجَرُّ وَلاءُ ولدِه إليه ، وإن كان مَيِّتًا فالقولُ قَوْلُ مَوْلَى أُمِّهم ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاءُ الرِّقِّ وبقاءُ وَلائِهم له ، فيَحْلِفُ ، ويَبْقَى وَلاؤُهم له .

الإنصاف ....

المقنع

فَإِنْ أَقَامَ الْعَبْدُ شَاهِدًا وَحَلَفَ مَعَهُ ، أَوْ شَاهِدًا وَامْرَأَتَيْنِ ، ثَبَتَ الْأَدَاءُ وَعَتَقَ .

الشرح الكبير

٣٠٣٧ – مسألة : (وإن أقام العبدُ شاهِدًا وحَلَفَ معه ، أو شاهِدًا وامرأتَيْن ، ثَبَتَ الأداءُ وعَتَقَ) وهذا قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ النِّزاعَ بينَهما فى أداءِ المالِ ، والمالُ يُقْبَلُ فيه الشاهِدُ واليَمِينُ ، والرَّجُلُ والمرأتان . فإن قيل : القَصْدُ مِن هذه الشَّهادَةِ العِتْقُ ، وهو لا يَثْبُتُ بشاهِدٍ ويَمين . قُلْنا : بل يَثْبُتُ بشاهِدٍ ويَمينٍ فى رِوايَةٍ . وإن سَلَّمْنا أنَّ الشهادَةَ لا تُثْبِتُ ، لكنَّ الشهادَةَ ههُنا بأداءِ المالِ ، والعِتْقُ يَحْصُلُ عندَ أدائِه بالعَقْدِ الأَوَّلِ ، ولم يَشْهَدِ الشاهِدُ به ، ولا بينَهما فيه نِزاعٌ . ولا يَمْتَنِعُ أن يَثْبُتَ بشَهادةِ الواحِدِ ما يَترَتَّبُ عليه أمْرٌ لا يَثْبُتُ إلَّا بشاهِدَيْن ، كما أنَّ الوِلادَةَ تَثْبُتُ بشَهادةِ النِّساءِ ، ويَتَرَتَّبُ عليها ثُبوتُ النَّسَبِ الذى لا يَثْبُتُ بشَهادَةِ النِّساءِ ، ولا بشاهِدٍ واحِدٍ .

فصل : فإن لم يَكُنْ للعبدِ شاهِدٌ ، وأنْكَرَ السيدُ ، فالقولُ قولُه ، فإن

الإنصاف

قوله : فإنْ أَقَامَ العَبْدُ شاهِدًا وحلَف معه ، أَوْ شاهِدًا وامْرَأَتَيْن ، ثبَت الأَداءُ وعَتَقَ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه الأصحابُ ؛ بناءً على أنَّ المالَ ، وما يُقْصَدُ به المالُ ، يُقْبَلُ فيه شاهِدٌ ويَمِينٌ . على ما يأْتِى . والخِلافُ بينَهما هنا فى أداءِ المالِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ »، و « المُذْهَبِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لا يُقْبَلُ فى النَّجْمِ الأخِيرِ إلَّا رَجُلانِ ؛ لترَتُّبِ العِتْقِ على شهَادَتِهما ، وبناءً على أنَّ العِتْقَ لا يُقْبَلُ فيه إلَّا رجُلانِ . ذكَرَه فى « التَّرْغيبِ » وغيرِه .

فَصْلٌ : وَالْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ - مِثْلَ أَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَى خَمْرٍ ،

قال : لى شاهِدٌ غائِبٌ . أُنْظِرَ ثَلاثًا ، فإن جاء ، وإلَّا حَلَفَ السيدُ . ثم متى جاءَ شاهِدُه وأدَّى الشَّهادَةَ ، ثَبَتَتْ حُرِّيتُه . وإن جُرِحَ شاهِدُه ، فقال : لى شاهِدٌ آخَرُ . أُنْظِرَ ثلاثًا ؛ لِما ذكَرْناه .

فصل : وإن أقَرَّ السيدُ بقَبْضِ مالِ الكتابةِ عَتَقَ العبْدُ ، إذا كان ممَّن يَصِحُّ إقْرارُه . وإن أقَرَّ بذلك فى مَرَضِ مَوْتِه قُبِلَ ؛ لأنَّه إقْرارٌ لغَيْرِ وارِثٍ ، فيُقْبَلُ . وإن قال : اسْتَوْفَيْتُ كِتابَتِى كُلَّها . عَتَقَ العبدُ . وإن قال : اسْتَوْفَيتُها كُلَّها إن شاءَ اللهُ . أو : إن شاءَ زيدٌ . عَتَقَ ، ولم يُؤَثِّرْ الاسْتِثْناءُ ؛ لأنَّ هذا الاسْتِثْناءَ لا مَدْخَلَ له فى الإقْرارِ . قال أحمدُ فى رِوايَةِ أبى طالِبٍ : إذا قال : له ألْفٌ إن شاءَ اللهُ . كان مُقِرًّا بها . ولأنَّ هذا الاسْتِثْناءَ تَعْليقٌ بشَرْطٍ ، والذى يَتَعَلَّقُ بالشَّرطِ إنَّما هو المُسْتَقْبَلُ ، وأمَّا الماضِى فلا يُمْكِنُ تَعْليقُه ؛ لأنَّه قد وَقَعَ على صِفَةٍ لا يَتَغَيَّرُ عنها بالشَّرْطِ ، وإنَّما يدُلُّ الشَّرْطُ على الشَّكِّ فيه ، فكأنَّه قال : اسْتَوْفَيْتُ كِتابَتِى ، وأنا أشُكُّ فيه . فيَلْغُو الشَّكُّ ، ويَثْبُتُ الإقْرارُ . وإن قال : اسْتَوْفَيْتُ آخِرَ كتابَتِى . وقال : إنَّما أرَدْتُ أنِّى اسْتَوْفَيْتُ النَّجْمَ الآخِرَ دُونَ ما قبلَه . وادَّعَى العبدُ إقْرارَه باسْتِيفاءِ الكلِّ ، فالقولُ قولُ السيدِ ؛ لأنَّه أعْرَفُ بمُرادِه . واللهُ أعلمُ .

فصل : قال رَضِىَ اللهُ عنه : (والكِتابةُ الفاسِدَةُ - مثلَ أن يُكاتِبَه على

قوله : والكِتَابَةُ الفاسِدَةُ ، مثلَ أَنْ يُكاتِبَه على خَمْرٍ أَوْ خِنْزيرٍ ، يُغلَّبُ فيها حُكْمُ الصِّفَةِ . وكذا لو كان العِوَضُ مَجْهولًا ، أو شرَط فيها ما يُنافِيها ، وقُلْنا : تفْسُدُ

المقنع أَوْ خِنْزِيرٍ – يُغَلَّبُ فِيهَا حُكْمُ الصِّفَةِ ، فِي أَنَّه إِذَا أَدَّى عَتَقَ ، وَلَا يَعْتِقُ بِالْإِبْرَاءِ .

الشرح الكبير خَمْرٍ ، أو خِنْزِيرٍ – يُغَلَّبُ فيها حُكْمُ الصِّفَةِ ، فى أنَّه إذا أدَّى عَتَقَ ، ولا يَعْتِقُ بالإِبْراءِ) إذا كاتَبَه كِتابَةً فاسِدَةً على عِوَضٍ مَجْهُولٍ ، أو حالٍّ ، أو مُحَرَّمٍ ، كالخَمْرِ والخِنْزِيرِ ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، ما يَدُلُّ على أنَّ الكِتابَةَ على العِوَضِ المُحَرَّمِ باطِلَةٌ ، لا يَعْتِقُ بالأداءِ فيها . اخْتارَه أبو بكرٍ ؛ فإنَّه رَوَى عن أحمدَ ، أنَّه قال : إذا كاتَبَه كِتابَةً فاسِدَةً ، فأدَّى ما كُوتِبَ عليه ، عَتَقَ ، ما لم تكُنِ الكِتابَةُ مُحَرَّمَةً . فحَكَمَ بالعِتْقِ بالأداءِ ، إلَّا فى المُحَرَّمَةِ . واخْتارَ القاضِى أنَّه يَعْتِقُ بالأداءِ ، كسائِرِ الكتاباتِ الفَاسِدَةِ . ويُمْكِنُ حَمْلُ كلامِ القاضِى على ما إذا جَعَل السيدُ الأداءَ شَرْطًا للعِتْقِ ، فقال : إذا أدَّيْتَ لى فأنْتَ حُرٌّ . فأدَّى ، فإنَّه يَعْتِقُ بالصِّفَةِ المُجَرَّدَةِ ، لا بالكِتابَةِ ، ويَثْبُتُ فى هذه الكِتابةِ حكمُ الصِّفَةِ فى العِتْقِ بوُجُودِها ، لا حُكْمُ الكتابَةِ . فأمَّا إن شَرَطَ فى الكتابَةِ شَرْطًا فاسِدًا ، فالمنصُوصُ أنَّه لا يُفْسِدُها ، لكن يَلْغُو الشَّرْطُ وتَصِحُّ الكتابةُ . ويتخَرَّجُ أن يُفْسِدَها ؛ بِناءً على الشروطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ . وهو مذهبُ الشافعىِّ . وقد ذَكَرْناهُ .

الإنصاف بفَسادِ الشَّرْطِ فى وَجْهٍ . على ماتقدَّم ، يُغَلَّبُ حُكْمُ الصِّفَةِ فى كلِّ ذلك ؛ فى أنَّه إذا أدَّى ، عَتَقَ ، ولكُلٍّ واحدٍ منهما الفَسْخُ ، فهى جائزةٌ مِنَ الطَّرفَيْن . وهذا المذهبُ فى ذلك كلِّه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى ، وأصحابُه . قالَه فى « القَواعِدِ الأُصوليَّةِ » . وقدَّمه فى « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و «الفُروعِ»، و «الفائقِ» .

الشرح الكبير

فأمَّا الكِتَابةُ الفاسِدَةُ التى لا (١)يكونُ عِوَضُها(١) مُحَرَّمًا ، فإنَّها تُساوِى الصَّحِيحَةَ فى أرْبَعَةِ أحْكَامٍ ؛ أحدُها ، أنَّه يَعْتِقُ بأداءِ(٢) ما كُوتِبَ عليه ، سَواءٌ صَرَّحَ بالصِّفَةِ ، بأن يَقُولَ : إذا أدَّيْتَ إلىَّ فأنْتَ حُرٌّ . أو لم يَقُلْ ؛ لأنَّ مَعْنَى الكِتابةِ يَقْتَضِى هذا ، فيصيرُ كالمُصَرَّحِ به ، فيَعْتِقُ بوُجودِه ، كالصَّحِيحَةِ . الثانى ، إذا أعْتَقَه بالأداءِ لم تَلْزَمْه قِيمةُ نَفْسِه ، ولم يَرْجِعْ على سيدِه بما أعطاه . ذَكَرَه أبو بكرٍ . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ . وقال الشافعىُّ : يَتراجَعان ، فيجبُ على العبدِ قِيمَتُه وعلى السيدِ ما أخَذَه ، فيتَقاصَّان بقَدْرِ أقَلِّهما إن كانَا مِن جِنْسٍ واحِدٍ ، ويأخُذُ ذو الفَضْلِ فَضْلَه ؛ لأنه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ فاسِدٌ ، فوجَبَ التَّراجُعُ فيه ، كالبَيْعِ الفاسِدِ . ولَنا ، أنَّه عَقْدُ كِتابَةٍ حَصَلَ العِتْقُ فيه بالأداءِ ، فلم يَجِبِ التَّراجُعُ ، كما لو كان العَقْدُ

الإنصاف

وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ »، و «الهِدايَةِ»، و «المُذْهَبِ»، و « الخُلاصَةِ »، و « الرِّعايَةِ »، و « الحاوِى » ، وغيرِهم . وعنه ، بُطْلانُ الكِتابَةِ مع تَحْرِيمِ العِوَضِ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وابنُ عَقِيلٍ . قال فى « القاعِدَةِ السَّابِعَةِ والأرْبَعِين » : وهو الأظْهَرُ . قال فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : المَنْصوصُ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّ العَقْدَ يَبْطُلُ مِن أصْلِه . وأوَّلَ القاضى ، وأبو الخَطَّابِ النَّصَّ . وقال القاضى فى « الخِلافِ الكَبيرِ » : المُغَلَّبُ فى الكِتابةِ على عِوَضٍ مَجْهولٍ المُعاوَضَةُ ؛ بدَليلِ أنَّه يَعْتِقُ بالأداءِ إلى الوارِثِ .

(١ - ١) فى م : « تكون عوضا » . وانظر المبدع ٣٦٧/٦ .

(٢) سقط من النسختين ، وانظر المغنى ٥٧٦/١٤ .

الشرح الكبير

صَحِيحًا ، ولأنَّ ما يأخُذُه السيدُ فهو مِن كَسْبِ عَبْدِه الذى يَمْلِكُ[1] كَسْبَه ، فلم يجِبْ رَدُّه ، والعبدُ عَتَقَ بالصِّفَةِ ، فلم تَجِبْ عليه قِيمَتُه ، كما لو قال : إن دَخَلْتَ الدَّارَ فأنْتَ حُرٌّ . وأمَّا البَيْعُ الفاسِدُ ، فإنَّه إن كان بينَ هذا وسيدِه ، فلا رُجُوعَ على السيدِ[2] بما أخَذَه . وإن كان بيْنَه وبينَ غيرِه ، فإنَّه أخَذَ ما لا يَسْتَحِقُّه ودَفَعَ إلى الآخَرِ ما لا يَسْتَحِقُّه ، بعَقْدٍ المَقْصُودُ منه المُعاوَضَةُ ، بخِلافِ هذا فى مسأَلَتِنا . الثالثُ ، أنَّ المُكاتَبَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فى كَسْبِه ؛ لأنَّ عَقْدَ الكِتابَةِ تَضَمَّنَ الإِذْنَ فى ذلك ، وله أخْذُ الصَّدَقاتِ والزَّكواتِ ؛ لأنَّه مُكاتَبٌ يَعْتِقُ بالأداءِ ، أشْبَهَ الكِتابَةَ الصَّحِيحَةَ . الرابعُ ، أنَّه إذا كاتَبَ جماعَةً كِتابَةً فاسِدَةً ، فأدَّى أحدُهم حِصَّتَه[3] ، عَتَقَ ، على قولِ مَن قال : إنَّه يَعْتِقُ [4]فى الكِتابَةِ[4] الصَّحِيحَةِ بأداءِ حِصَّتِه ؛ لأنَّ مَعْنَى العَقْدِ أنَّ كلَّ واحِدٍ منهم مكاتَبٌ بقَدْرِ حِصَّتِه ، متى أدَّى إلىَّ كلُّ واحِدٍ منكم[5] قَدْرَ حِصَّتِه فهو حرٌّ . ومَن قال : لا يَعْتِقُ فى الصَّحِيحَةِ[5] إلَّا أن يُؤدِّىَ جَمِيعهم . فهٰهنا أوْلَى .

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : قوْلُ الأكْثَرِين : إنَّ الكِتابَةَ إذا لم تكُنْ مُنَجَّمَةً باطِلَةٌ مِن أصْلِها . مع قَوْلِهم فى الكِتابَةِ على عِوَضٍ مَجْهولٍ :

---

(١) كذا فى النسختين . وفى المغنى ١٤/ ٥٧٧ : « لم يملك » .

(٢) إلى هنا ينتهى السقط من الأصل .

(٣) فى م : « حصتهم » .

(٤ – ٤) فى م : « بالكتابة » .

(٥) فى الأصل : « الصحيح » .

الشرح الكبير

فصل : وتُفارِقُ الصَّحيحَةَ فى ثَلاثَةِ أحْكامٍ ؛ أحدُها ، أنَّ السيدَ إذَا أبْرَأه مِن المالِ لم تَصِحَّ البَراءَةُ ، ولم يَعْتِقْ بذلك ؛ لأنَّ المالَ غيرُ ثابتٍ فى العَقْدِ ، بخِلافِ الكتابةِ الصَّحِيحَةِ ، وصار هذا كالصِّفَةِ المُجَرَّدَةِ فى قولِه : إذا أدَّيْتَ إلىَّ ألفًا ، فأنتَ حُرٌّ . الثانى ، أنَّ (لِكُلِّ واحِدٍ مِن) السيدِ والمُكاتَبِ (فَسْخَها) سَواءٌ كان ثَمَّ صِفَةٌ أو لم تكُنْ . وهذا قولُ أصحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الفاسِدَ لا يَلْزَمُ حُكْمُه ، والصِّفَةُ هٰهُنا مَبْنِيَّةٌ على المُعاوَضَةِ وتابِعَةٌ لها ؛ لأنَّ المُعاوَضَةَ هى المَقْصُودُ[1] ، فلمَّا أبْطَلَ المُعاوَضَةَ التى هى الأصْلُ ، بَطَلَتِ الصِّفَةُ المَبْنِيَّةُ عليها ، بخِلافِ الصِّفَةِ المُجَرَّدَةِ ، ولأنَّ السيدَ لم يَرْضَ بهذه الصِّفَةِ إلَّا بأن يُسَلَّمَ له العِوَضُ المُسَمَّى ، فإذا لم يُسَلَّمْ كان له إبْطالُها ، بخِلافِ الصَّحِيحَةِ ، فإنَّ العِوَضَ سُلِّمَ له ، فكان العَقْدُ لازِمًا له . الثالثُ ، أنَّه لا يَلْزَمُ السيدَ أن يُؤَدِّىَ إليه شيئًا مِن الكِتابَةِ ؛ لأنَّ العِتْقَ هٰهُنا بالصِّفَةِ المُجَرَّدَةِ ، فأشْبَهَ ما لو قال : إذا أدَّيْتَ إلىَّ ألْفًا فأنْتَ حُرٌّ .

الإنصاف

يُغَلَّبُ فيها حُكْمُ الصِّفَةِ . مُشْكِلٌ جدًّا ، وكان الأَوْلَى ، إذا كان العِوَضُ معْلومًا ، أنْ يُغَلَّبَ فيها حُكْمُ الصِّفَةِ أيضًا . الثَّانيةُ ، قال المُصَنِّفُ ، وتَبِعَه الشَّارِحُ وغيرُه : إذا كانتِ الكِتابَةُ الفاسِدَةُ بعِوَضٍ مُحَرَّمٍ ، فإنَّها تُساوِى الصَّحيحةَ فى أرْبَعَةِ أحْكامٍ ؛ أحدُها ، أنَّه يَعْتِقُ بأداءِ ما كُوتِبَ عليه مُطْلَقًا . الثَّانى ، إذا أعْتَقَه بالأداءِ ، لم يلْزَمْه قِيمَةُ نفْسِه ، ولم يرْجِعْ على سيِّدِه . الثالثُ ، يمْلِكُ المُكاتَبُ التَّصَرُّفَ

---

(١) فى م : « المقصودة » .

المقنع

وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، وَجُنُونِهِ ، وَالْحَجْرِ لِلسَّفَهِ (١)وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا(١) .

الشرح الكبير

٣٠٣٨ – مسألة : (وتَنْفَسِخُ بمَوْتِ السيدِ ، وجُنُونِه ، والحَجْرِ للسَّفَهِ) اخْتُلِفَ فى انفِساخِها بمَوْتِ السيدِ ، فذهبَ القاضى وأصحابُه إلى بُطْلانِها به . وهو قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ جائزٌ مِن الطَّرَفَيْن ، لا يَئُولُ

الإنصاف

فى كَسْبِه ، وله أخْذُ الصَّدَقاتِ والزَّكَواتِ . الرَّابعُ ، إذا كاتَبَ جماعةً كِتابةً فاسدَةً ، فأَدَّى أحدُهم حِصَّتَه ، عَتَقَ على قوْلِ مَن قال : إنَّه يعْتِقُ فى الكتابةِ الصَّحِيحَةِ بأداءِ حِصَّتِه ، ومَن لا ، فلا هنا . وتُفارِقُ الصَّحيحةَ فى ثَلاثَةِ أحْكامٍ ؛ أحدُها ، إذا أبْرأَه ، لم يصِحَّ ولم يعْتِقْ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . واخْتارَ فى « الانْتِصارِ » ؛ إنْ أتَى بالتَّعْليقِ ، لم يعْتِقْ بالإبْراءِ ، وإلَّا عَتَق . الثَّانى ، لكُلٍّ واحدٍ منهما فَسْخُها . الثالثُ ، لا يلْزَمُ السَّيِّدَ أنْ يؤَدِّىَ إليه شيئًا مِنَ الكِتابةِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يلْزَمُه . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » .

قوله : وتَنْفَسِخُ بمَوْتِ السَّيِّدِ ، وجُنُونِه ، والحَجْرِ للسَّفَهِ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « الخُلاصَةِ » . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وقالَه القاضى وأصحابُه فى الانْفِساخِ بالمَوْتِ . وقال أبو بَكْرٍ : لا

(١ – ١) ليس فى متن المبدع ٦/٣٦٧ ، وقد أورده صاحب الشرح فى أثناء الكلام عما تفارق فيه الكتابة الفاسدة الكتابة الصحيحة من أحكام ، فى صفحة ٤٠٩ ، ولم يورده فى المسائل .

المقنع وَيَمْلِكُ السَّيِّدُ أَخْذَ مَا فِي يَدِهِ ، وَإِنْ فَضَلَ عَنِ الْأَدَاءِ فَضْلٌ

الشرح الكبير إلى اللُّزومِ ، فبَطَلَ بالمَوْتِ ، كالوَكالةِ ، ولأنَّ [٦٨/٦ ظ] المُغَلَّبَ فيها حكمُ الصِّفَةِ المُجَرَّدَةِ ، والصِّفَةُ تَبْطُلُ بالمَوْتِ ، كذلك هذه الكِتابَةُ . وقال أبو بكرٍ : لا تَبْطُلُ بالمَوْتِ ، ويَعْتِقُ بالأداءِ إلى الوارثِ . وهو قولُ أبي حنيفةَ ؛ لأنَّه مُكاتَبٌ يَعْتِقُ بالأداءِ إلى السيدِ ، فيَعْتِقُ بالأداءِ إلى الوارثِ ، كالكتابةِ الصَّحيحَةِ ، (١)ولأنَّ الفاسدةَ كالصحيحةِ(١) في بابِ العِتْقِ بالأداءِ ، فكذلك في هذا . واخْتُلِفَ في انْفِساخِها بجُنُونِ السيدِ والحَجْرِ عليه للسفَهِ(٢) ، والخلافُ فيه كالخلافِ في بُطْلانِها بمَوْتِه . قال شيخُنا(٣) : والأَوْلَى أنها لا تَبْطُلُ هٰهُنا ؛ (٤)لأنَّ الصِّفَةَ(٤) المُجَرَّدَةَ لا تَبْطُلُ(٢) بذلك ، والمُغَلَّبُ في هذه الكتابةِ حكمُ الصِّفَةِ المُجَرَّدَةِ ، فلا تَبْطُلُ به . فعلى هذا ، لو أدَّى إلى سيدِه بعدَ ذلك عَتَقَ ، ولا يَعْتِقُ عندَ مَن أبْطَلَها .

فصل : (ويَمْلِكُ السيدُ أخْذَ ما في يَدِه ، وإن فَضَلَ عن الأداءِ فَضْلٌ

الإنصاف تنْفَسِخُ بالموتِ ، ولا بالجُنونِ ، ولا بالحَجْرِ ، ويَعْتِقُ بالأَدَاءِ إِلَى الوارِثِ . قال المُصَنِّفُ : والأَوْلَى أنَّها لا تبْطُلُ بالحَجْرِ والجُنونِ . وأَطْلَقَهما في « المُحَرَّرِ »، و «النَّظْمِ »، و «الرِّعايتَيْن»، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و «الفُروعِ»، و « الفائقِ » .

قوله : وإنْ فضَل عَنِ الأَداءِ فَضْلٌ ، فهو لِسَيِّدِه . يعْنِى ، في الكِتابةِ الفاسِدَةِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) في : المغنى ٥٧٨/١٤ .

(٤ - ٤) في م : « إلا بالصفة » .

المقنع

فَهُوَ لِسَيِّدِهِ .

وَهَلْ يَتْبَعُ الْمُكَاتَبَةَ وَلَدُهَا فِيهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَالَ

الشرح الكبير

فهو لسيدِه) هذا قولُ أبي الخَطَّابِ ؛ لأنَّ كَسْبَ العبْدِ لسيدِه بحكمِ الأصْلِ ، والعَقْدُ هٰهُنا فاسدٌ ، لم يثْبُتِ الحُكْمُ فى وُجوبِ العِوَضِ فى ذِمَّتِه ، فلم يُنْقَلِ المِلْكُ فى المُعَوَّضِ ، كسائِرِ العُقُودِ الفاسِدَةِ ، ولأنَّ المُغَلَّبَ فيها حُكْمُ الصِّفَةِ المُجَرَّدَةِ ، وهى لا تَثْبُتُ له فى كَسْبِه ، فكذا هٰهُنا . وفارَقَ الكِتَابَةَ الصَّحِيحَةَ ، فإنَّها أثْبَتَتِ المِلْكَ[1] فى العِوَضِ فأثْبَتَتْه فى المُعَوَّضِ . وقال القاضى : ما فى يَدِ المُكاتَبِ وما يَكْسِبُه وما يَفْضُلُ فى يَدِه بعدَ الأداءِ له . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّها كِتابَةٌ يَعْتِقُ بالأداءِ فيها ، فيَثْبُتُ هذا الحُكْمُ فيها، كالصَّحِيحَةِ . والأوَّلُ أصَحُّ؛ لِمَا بينَ الفاسِدَةِ والصَّحِيحَةِ مِن الفُرُوقِ .

٣٠٣٩ – مسألة : (وهل يَتْبَعُ المُكاتَبَةَ وَلَدُها فيها ؟ على وَجْهَيْن)

الإنصاف

وهو المذهبُ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وأبو الخَطَّابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و «الرِّعايتَيْن»، و «الحاوِى الصَّغِيرِ»، و «النَّظْمِ»، و «الوَجيزِ» . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » . وقال القاضى : ما فى يَدِ المُكاتَبِ ، وما يكْسِبُه ، وما يفْضُلُ فى يَدِه بعدَ الأداءِ فهو له . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وأطْلَقَ فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ »، و « الفائقِ » الوَجْهَيْن فيما يكْسِبُه . وكلامُه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى » كالمُتَناقِضِ ؛ فإنَّهما جزَما بأنَّ لسيِّدِه أخْذَ ما معه قبلَ الأداءِ ، وما فضَل بعدَه ، [١٥٤/٣ظ] وقالا قبلَ ذلك : وفى تَبَعِيَّةِ الكَسْبِ وَجْهانِ .

قوله : وهل يَتْبَعُ المُكاتَبَةَ وَلَدُها فيها ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ،

---

(١) فى م : « الكتابة » .

المقنع

أَبُو بَكْرٍ : لَا تَنْفَسِخُ [١٩٩ظ] بِالْمَوْتِ وَلَا الْجُنُونِ وَلَا الْحَجْرِ ، وَيَعْتِقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى الْوَارِثِ .

الشرح الكبير

أحدُهما ، يَتْبَعُها ؛ لأنَّها كِتابَةٌ تَعْتِقُ فيها بالأداءِ ، فيَعْتِقُ وَلَدُها به ، كالكِتابَةِ الصَّحِيحَةِ . والثانى ، لا يَتْبَعُها . وهو أقْيَسُ وأصَحُّ ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاءُ الرِّقِّ فيه ، فلا يَزُولُ إلَّا بنَصٍّ أو مَعْنَى نَصٍّ ، وما وُجِدَ واحِدٌ منهما ، ولا يَصِحُّ القِياسُ على الكتابةِ[1] الصَّحِيحَةِ ؛ لما ذَكَرْنا مِن الفَرْقِ بَيْنَهما فيما تَقَدَّمَ ، فيَبْقَى على الأصْلِ .

٣٠٤٠ – مسألة : (وقال أبو بكرٍ : لا تَنْفَسِخُ) بمَوْتِ السيدِ ، ولا جُنُونِه ، ولا الحَجْرِ عليه للسَّفَهِ . وقد ذَكَرْناه . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ؛ أحدُهما ، لا يَتْبَعُها . قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ : هذا أقْيَسُ وأصَحُّ . وكذا قال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . الثَّانى ، يَتْبَعُها . قدَّمه فى « الكافِى » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . قال فى « القاعِدَةِ الحادِيَةِ والعِشْرين » : إنْ قُلْنا : هو جُزْءٌ منها . تَبِعَها ، وإنْ قُلْنا : هو كَسْبٌ . ففيه وَجْهان ؛ بِناءً على سلامَةِ الأكْسابِ فى الكِتابَةِ الفاسِدَةِ .

---

(١) فى الأصل : « المكاتبة » .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف **فائدة** : هل تصِيرُ أمَّ وَلَدٍ إذا أوْلَدَها فيها ، أمْ لا ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » . وفى الصِّحَّةِ هنا وَجْهٌ ، ذكَرَه القاضى ، وإنْ منَعْناها فى غيرِه .

المقنع

بَابُ أَحْكَامِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ

....

الشرح الكبير

بابُ أحْكامِ أُمَّهاتِ الأوْلادِ

أُمُّ الوَلَدِ هى التى وَلَدَتْ مِن سَيِّدِها فى مِلْكِه . ولا خِلافَ فى إباحَةِ التَّسَرِّى ووَطْءِ الإِماءِ؛ لقولِ اللهِ تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَـٰفِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾[1] . وقد كانت مارِيَةُ القِبْطِيَّةُ أُمَّ ولَدٍ للنبىِّ ﷺ، [2]وهى أُمُّ[2] إبراهيمَ [2]بن النبىِّ ﷺ[2] التى قال فيها النبىُّ ﷺ: «أَعْتَقَها وَلَدُها»[3]. وكانت هاجَرُ سُرِّيَّةَ إبْراهِيمَ عليه الصلاةُ والسلامُ ، أُمَّ إسماعيلَ عليه السلامُ . وكان لعمرَ بنِ الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أُمَّهاتُ أوْلادٍ أوْصَى لكُلِّ واحِدَةٍ منهنَّ بأرْبَعمائةٍ[4] ، وكان لعلىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أُمَّهاتُ أوْلادٍ[5] ، ولكثيرٍ مِن الصحابَةِ . وكان علىُّ بنُ الحسينِ ، والقاسِمُ بنُ محمدٍ ، وسالمُ بنُ عبدِ اللهِ ، مِن أُمَّهاتِ أوْلادٍ . ويُرْوَى أنَّ النّاسَ لم [٦٩/٦ و] يكونُوا يَرْغَبُونَ فى أُمَّهاتِ الأوْلادِ

الإنصاف

بابُ أحْكامِ أُمَّهاتِ الأوْلادِ

....

(١) سورة المؤمنون ٥ ، ٦ ، سورة المعارج ٢٩ ، ٣٠ .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤١/٢ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٣٤٦/١٠ . وضعفه الحافظ فى : تلخيص الحبير ٢١٨/٤ .

(٤) تقدم تخريجه فى ٢٨٦/١٧ . وفيه أنه أوصى لهن بأربعة آلاف أربعة آلاف .

(٥) انظر ما أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه ٢٨٨/٧ .

المقنع

وَإِذَا عَلِقَتِ الْأَمَةُ مِنْ سَيِّدِهَا ، فَوَضَعَتْ مِنْهُ مَا يَتَبَيَّنُ فِيهِ بَعْضُ خَلْقِ الْإِنْسَانِ ، صَارَتْ لَهُ بِذَلِكَ أُمَّ وَلَدٍ ، فَإِذَا مَاتَ

الشرح الكبير

حتى وُلِدَ هؤلاء الثلاثةُ ، فرَغِبَ النَّاسُ فِيهِنَّ . ورُوِىَ عن سالِم بن عبدِ اللهِ ، قال : كان لابنِ رَواحَةَ جارِيَةٌ ، وكان يُرِيدُ الخَلْوَةَ بها ، وكانتِ امْرَأتُه تَرْصُدُه ، فخَلَا البَيْتُ فوَقَعَ عليها ، فنَذِرَتْ به(1) امْرَأتُه ، فقالت : أفعَلْتَها ؟ قال : ما فَعَلْتُ . قالت : فاقْرَأْ إذًا . فقال :

شَهِدْتُ بأَنَّ وَعْدَ اللهِ حَقٌّ وأَنَّ النَّارَ مَثْوَى الكافِرِينا(2)
وأَنَّ العَرْشَ فَوْقَ الماءِ طافٍ وفَوْقَ العَرْشِ رَبُّ العَالَمِينا
وتَحْمِلُه مَلائِكَةٌ شِدادٌ مَلائِكَةُ الإلهِ مُسَوَّمِينا(3)

قالت : أما إذْ قَرأْتَ فاذْهَبْ . فأتى النبىَّ ﷺ ، فأخْبَرَه ، قال : فلقد رَأيْتُه يَضْحَكُ حتى تَبْدُوَ(4) نَواجِذُه ، ويقولُ : « هِيهِ ، كَيْفَ قُلْتَ ؟ » . فأُكَرِّرُه عليه ، فيَضْحَكُ(5) .

٣٠٤١ – مسألة : (إذا حَمَلَتِ الأَمَةُ مِن سيدِها ، فوضَعَتْ منه ما يَتَبَيَّنُ فيه بعضُ خَلْقِ الإنسانِ ، صارت له بذلك أُمَّ وَلَدٍ ، فإذا مات عَتَقَتْ

الإنصاف

تنبيه : عُمومُ قولِه : وإذا عَلِقَتِ الأَمَةُ مِن سَيِّدِها . يشْمَلُ ، سواءٌ كانت فِراشًا ، أو مُزَوَّجَةً . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . جزَم به فى « المُغْنِى » ،

---

(1) نذرت به : علمت به .
(2) فى النسختين : « الظالمينا » والتصويب من ديوانه ، وكذلك من المغنى ٥٨١/١٤ .
(3) الأبيات فى ديوانه ١٦٥ . واللسان (ع ر ض) .
(4) فى الأصل : « بدت » .
(5) أخرجه ابن عساكر فى تاريخه ٢١٧/٩ ، والذهبى فى سير أعلام النبلاء ٢٣٨/١ ، والسبكى فى : طبقات الشافعية ٢٦٤/١ ، وانظر الاستيعاب ٩٠١/٣ .

المقنع

عَتَقَتْ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهَا .

الشرح الكبير

وإن لم يَمْلِكْ غَيْرَها) ذكر هـٰهُنا لمَصِيرِ الأمَةِ أُمَّ وَلَدٍ شَرْطَيْن ؛ أحدُهما ، أن تَحْمِلَ به فى مِلْكِه ، سواءٌ كان مِن وَطْءٍ مُباحٍ ، أو مُحَرَّمٍ ؛ كالوَطْءِ فى الحَيْضِ ، والنِّفاسِ ، والإحْرامِ ، والظِّهارِ . فأمَّا إن عَلِقَتْ منه فى غيرِ مِلْكِه لم تصِرْ بذلك أُمَّ ولدٍ ، سَواءٌ عَلِقَت منه بمَمْلوكٍ ، مثلَ أن يَطَأَها فى مِلْكِ غيرِه بنِكاحٍ أو زِنًى ، أو عَلِقَتْ بحُرٍّ ، مثلَ أن يَطَأَها بشُبْهَةٍ ، أو غُرَّ مِن أمَةٍ ، فتزَوَّجَها على أنَّها حُرَّةٌ فاسْتَوْلَدَها ، أو اشْتَرَى جارِيَةً فاسْتَوْلَدَها ثم ظَهَرَتْ مُسْتَحَقَّةً ، فإنَّ الولدَ حُرٌّ ، ولا تَصِيرُ الأمَةُ أُمَّ وَلَدٍ فى هذه المواضِعِ بحالٍ . فإن مَلَكَها بعدَ ذلك ، ففيه اخْتِلافٌ ، يُذْكَرُ إنْ شاءَ اللهُ تعالى . الشرطُ الثانى ، أن تَضَعَ ما يَتَبَيَّنُ فيه شىءٌ مِن خَلْقِ الإنْسانِ ، من رَأْسٍ ، أو يَدٍ ، أو رِجْلٍ ، أو تَخْطيطٍ[1] ، سواءٌ وضَعَتْه حيًّا أو مَيِّتًا ، وسواءٌ أسْقَطَتْه أو كان تامًّا . قال عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : إذا وَلَدَتِ الأمَةُ مِن سيدِها فقد عَتَقَتْ ، وإن كان سَقْطًا[2] . ورَوَى الأثْرَمُ بإسْنادِه

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » . وهو ظاهِرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . ونقَل حَرْبٌ وابنُ أبى حَرْبٍ ، فى مَن أوْلَدَ أمَتَه المُزَوَّجَةَ ، أنَّه لا يلْحَقُه الوَلَدُ .

فائدة : فى إثْمِ واطِئِ أمَتِه المُزَوَّجةِ جَهْلًا وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . قلتُ : الصَّوابُ عدَمُ الإثْمِ ، وتأْثِيمُه ضعِيفٌ .

(١) فى الأصل : « تخليط » .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : سننه ٢/ ٦١ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٠/ ٣٤٦ .

الشرح الكبير

عن ابنِ عمرَ[1] ، أنَّه قال : أعْتَقَها وَلَدُها وإن كان سَقْطًا . وقال الأثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ : أُمُّ الولدِ إذا أسْقطَتْ لا تَعْتِقُ ؟ فقال : إذا تبيَّنَ فيه يَدٌ أو رِجْلٌ أو شيءٌ مِن[2] خَلْقِه فقد عَتَقَتْ . هذا قولُ الحسنِ ، والشافعيِّ . وقال الشَّعْبيُّ : إذا نَكَس فى الخَلْقِ الرابعِ فكان مُخَلَّقًا ، انْقَضَتْ به عِدَّةُ الحُرَّةِ ، وأُعْتِقَتْ به الأمَةُ . قال شيخُنا[3] : ولا أعْلَمُ فى هذا خِلافًا بينَ مَن قال بثُبوتِ حكمِ الاسْتِيلادِ . فأمَّا إن ألْقَتْ نُطْفَةً أو عَلَقَةً ، لم يثْبُتْ به شيءٌ مِن أحْكامِ الولادَةِ ؛ لأنه ليس بولدٍ . وروَى يُوسُفُ ابنُ موسى ، أنَّ أبا عبدِ اللهِ قيل له : ما تقولُ فى الأمَةِ إذا ألْقَتْ مُضْغَةً أو عَلَقَةً ؟ قال : تَعْتِقُ . وهذا قولُ إبراهيمَ النَّخَعِيِّ[4] . وذَكَرَ [٦٩/٦ ظ] الخِرَقِيُّ لمصيرِها أُمَّ وَلَدٍ شَرْطًا ثالثًا ، وهو أن تحْمِلَ بحُرٍّ . ويُتَصَوَّرُ ذلك فى المِلْكِ فى مَوْضِعَيْن ؛ أحدُهما ، فى العبدِ إذا مَلَّكَه سيِّدُه أمةً[5] ، وقُلْنا :

الإنصاف

قوله : فوَضعَتْ منه ما تَبَيَّنَ فيه بعضُ خَلْقِ الإنْسانِ ، صارَتْ بذلك أُمَّ وَلَدٍ . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُبْهِجِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم .

---

(١) كذا ورد ، وأخرجه البيهقى عن عمر فى : السنن الكبرى ١٠/٣٤٦ .
(٢) فى النسختين : « أو » . وانظر المغنى ١٤/٥٩٦ .
(٣) فى : المغنى ١٤/٥٩٦ .
(٤) فى الأصل : « والنخعى » .
(٥) سقط من : م .

الشرح الكبير

إنَّه يَمْلِكُ . فوَطِئَ أمَتَه ، فاسْتَوْلَدَها ، فوَلَدُه مَمْلوكٌ ، ولا تَصِيرُ الأَمَةُ به أمَّ وَلَدٍ يثْبُتُ لها حُكمُ الاسْتِيلادِ بذلك ، وسَواءٌ أذِنَ له سيدُه فى التَّسَرِّى بها أو لم يَأْذَنْ . الثانى ، إذا اسْتَوْلَدَ المُكاتَبُ أمَتَه ، فإنَّ ولدَه مَمْلوكٌ له ، ولا يثْبُتُ للأمَةِ أحْكامُ أُمِّ الوَلَدِ فى العِتْقِ بمَوْتِه فى الحالِ ؛ لأنَّ المُكاتَبَ ليس بحُرٍّ ، وكذلك وَلَدُهُ منها ، فأوْلَى أن لا تَتَحرَّرَ هى . ومتى عَجَزَ المُكاتَبُ وعاد إلى الرِّقِّ ، أو ماتَ قبلَ أداءِ كِتابَتِه ، فهى أمَةٌ قِنٌّ ، كالعبدِ القِنِّ . وهل يَمْلِكُ المُكاتَبُ بَيْعَها ؟ فيه خِلافٌ ذَكَرْناه فى بابِ المُكاتَبِ .

٣٠٤٢ – مسألة : وتَعْتِقُ بمَوْتِ سيدِها مِن رَأْسِ المَالِ ، وإن لم يَمْلِكْ سواها . وهذا قولُ كلِّ مَن رَأَى عِتْقَهُنَّ ، لا نَعْلَمُ بينَهم خِلافًا فى

الإنصاف

وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وعنه ، لابُدَّ أنْ يكونَ له أرْبَعَةُ أشْهُرٍ . واحْتَجَّ بحديثِ ابنِ مَسْعُودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه : فى عِشْرِين ومِائَةِ يَوْمٍ يُنْفَخُ فيه الرُّوحُ[1] . وتَنْقَضِى به العِدَّةُ ، وتَعْتِقُ الأمَةُ إذا دخَل فى الخَلْقِ الرَّابعِ . وقدَّم فى « الإيضاحِ » ، سِتَّةَ أشْهُرٍ . ونقَل المَيْمُونِىُّ : إنْ لم تضَعْ ، وتبَيَّنَ حَمْلُها فى بطْنِها ، عتَقَتْ ، وأنَّه يُمْنَعُ مِن نقْلِ المِلْكِ لما فى بَطْنِها حتى يُعْلَمَ .

قوله : فإذا ماتَ ، عَتَقَتْ وإنْ لم يمْلِكْ غيرَها . هذا بلا نِزاعٍ . ومحَلُّ هذا ، إذا لم يَجُزْ بَيْعُها ، على المذهبِ . أمَّا إنْ جازَ بَيْعُها ، فقطَع المُصَنِّفُ وغيرُه بأنَّها

---

(١) يقصد حديث ابن مسعود : « إن أحدكم يجمع فى بطن أمه أربعين يوما نطفة ... » .
وهذا الحديث أخرجه البخارى ، فى : باب ذكر الملائكة ، من كتاب بدء الخلق ، وباب قول الله تعالى : ﴿ وإذ قال ربك للملائكة إنى جاعل فى الأرض خليفة ﴾ ، وباب ولقد سبقت كلمتنا لعبادنا المرسلين ، من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ٤/١٣٥ ، ١٦١ ، ١٦٢ ، ٩/١٦٥ ، ١٦٦ . ومسلم ، فى : باب كيفية خلق الآدمى ... ، من كتاب القدر . صحيح مسلم ٤/٢٠٣٦ ، ٢٠٣٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٣٨٢ .

الشرح الكبير

ذلك . وسَواءٌ وَلَدَت فى الصِّحَّةِ أو المرضِ ؛ لأنَّه حاصِلٌ بالْتِذاذِه وشَهْوَتِه ، وما يُتْلِفُه[1] فى لذَّاتِه ، يَسْتَوِى فيه حالُ الصِّحَّةِ والمرضِ ، كالذى يأكُلُه ويَلْبَسُه . ولأنَّ عِتقَها بعدَ الموتِ ، وما يكونُ بعدَ الموتِ يَسْتَوِى فيه المَرَضُ والصِّحَّةُ ؛ كقَضاءِ الدَّيْنِ ، والتَّدْبيرِ ، والوَصِيَّةِ . قال سعيدٌ[2] : ثنا سُفْيانُ[3] ، عن يَحْيَى بن سعيدٍ ، عن نافعٍ ، قال : أدْرَكَ ابنَ عمرَ رجلانِ ، فقالا : إنَّا تَرَكْنا هذا الرجلَ يَبيعُ أُمَّهاتِ الأوْلادِ . يَعْنِيانِ ابنَ الزُّبَيْرِ . فقال ابنُ عمرَ ، أتَعْرِفان أبا حَفْصٍ ؟ فإنَّه قَضَى فى أُمَّهاتِ الأوْلادِ أن لا يُبَعْنَ ، ولا يُوهَبْنَ ، يَسْتَمْتِعُ بها صاحِبُها ، فإذا مات فهى حُرَّةٌ . وقال[4] : ثنا عتابٌ[5] ، عن خُصَيفٍ ، عن عِكْرِمَةَ ، عن ابن عباسٍ ، قال : قال عمرُ : ما مِن رَجُلٍ كان يُقِرُّ بأنَّه كان[6] يَطَأُ

الإنصاف

لا تَعْتِقُ بمَوْتِه . قال الزَّرْكَشِىُّ : وظاهِرُ إطْلاقِ غيرِه يقْتَضِى العِتقَ ، ولهذا قدَّمه ابنُ حَمْدانَ ، فقال : وقيلَ : إنْ جازَ بَيْعُها ، لم تَعْتِقْ عليه بمَوْتِه . ويأْتِى بعضُ ذلك عندَ ذكْرِ الخِلافِ فى جَوازِ بَيْعِها .

---

(١) فى الأصل : « ينقله » .

(٢) فى : باب ما جاء فى أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . السنن ٢/ ٦٢ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له ، وباب الخلاف فى أمهات الأولاد ، من كتاب عتق أمهات الأولاد . السنن الكبرى ١٠/ ٣٤٣ ، ٣٤٨ . وعبد الرزاق ، فى باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/ ٣٩٢ ، ٣٩٣ .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى الموضع السابق .

(٥) فى الأصل : « غياث » .

(٦) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

جارِيَته ، يموتُ ، إلَّا أعْتَقَها[1] [2]إذا وَلَدَتْ[2] ، وإنْ كان سَقْطًا . ورَوَى ابنُ ماجه[3] عن ابنِ عباسٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « أيُّما أمَةٍ وَلَدَتْ مِن سَيِّدِها ، فهى حُرَّةٌ عن دُبُرٍ[4] منه » .

فصل : وإذا عَتَقَتْ بمَوْتِ سيدِها ، فما كان فى يَدِها مِن شىءٍ فهو لوَرَثَةِ سيدِها ؛ لأنَّ أُمَّ الوَلَدِ أمَةٌ ، وكَسْبُها لسيدِها ، وسائِرُ ما فى يَدِها له ، فإذا مات سيدُها فعَتَقَتْ ، انْتَقَلَ ما فى يَدِها إلى ورَثَتِه ، كسائِرِ مالِه ، وكما فى يَدِ المُدَبَّرَةِ ، بخِلافِ المُكاتَبَةِ ، فإنَّ كَسْبَها فى حياةِ سيدِها لها ، فإذا عَتَقَتْ بَقِىَ لها كما كان لها قبلَ العِتْقِ .

فصل : ولا فَرْقَ بينَ المُسْلِمَةِ والكافِرَةِ ، والعَفِيفَةِ والفاجِرَةِ ، ولا بينَ المسلمِ والكافِرِ ، والعَفِيفِ والفَاجِرِ ، فى هذا ، فى قولِ أهلِ الفَتْوَى مِن أهلِ الأمْصارِ ؛ لأنَّ ما يتعلَّقُ به العِتْقُ يَسْتَوِى فيه المسلمُ والكافِرُ ، كالتَّدْبِيرِ والكتابَةِ ، ولأنَّ عِتْقَها بسَبَبِ اخْتلاطِ دَمِها بدَمِه ولحمِها بلَحْمِه ، فإذا اسْتَوَيا [5]فى النسبِ ، استويا[5] فى حُكْمِه . وقد رَوَى سعيدٌ[6] ، ثنا

الإنصاف ....

(1) فى م : « أعتقتها » .
(2 - 2) سقط من : م .
(3) فى : باب أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه 2/841 .
كما أخرجه الدارمى ، فى : باب بيع أمهات الأولاد ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى 2/257 . والإمام أحمد ، فى : المسند 1/320 .
(4) فى الأصل : « دين » .
(5 - 5) سقط من : م .
(6) فى سننه 2/62 .

المقنع وَإِنْ وَضَعَتْ جِسْمًا لَا تَخْطِيطَ فِيهِ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير هُشَيْمٌ ، ثنا منصورٌ ، عن ابن سِيرِين ، عن أبى عَطِيَّةَ الهَمْدانِىِّ ، عن عمرَ ابن الخَطَّابِ ، قال فى أُمِّ الولدِ : إن أَسْلَمَتْ وأَحْصَنَتْ [٧٠/٦ و] وعَفَّت(١) ، أُعْتِقَتْ ، وإن كَفَرَتْ وفَجَرَتْ وغَدَرَتْ ، رَقَّتْ . وقال(٢) : ثنا(٣) هشَيْمٌ ، ثنا يحيى بنُ آدمَ ، عن أُمِّ وَلَدِ رجلٍ ارْتَدَّتْ عن الإسلامِ ، فكُتِبَ فى ذلك إلى عمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، فكَتَبَ عمرُ أن يبيعُوها (٤ بأرضٍ ليس بها٤) أحَدٌ مِن أهلِ دِينِها . فعلى هذا الحديثِ ، يَنْبَغِى أن يَخْتَصَّ العِتْقُ بالمُسْلِمَةِ العَفِيفَةِ ، وتَرِقَّ الكافرةُ الفاجرةُ . واللهُ أعلمُ .

٣٠٤٣ – مسألة : (وإن وَضَعَتْ جسْمًا لا تَخْطِيطَ فيه ، فعلى رِوايَتَيْن) أمَّا إذا وَضَعَتْ مُضْغَةً لم يظْهَرْ فيها شىءٌ مِن خَلْقِ الآدَمِىِّ ، فشَهِدَ ثِقاتٌ مِن القَوابِلِ أنَّ فيها صُورَةً خَفِيَّةً ، تَعَلَّقَتْ بها الأحْكامُ ؛ لأنَّهُنَّ اطَّلَعْن

الإنصاف قوله : وإنْ وَضَعَتْ جِسْمًا لا تَخْطِيطَ فيه – مثلَ المُضْغَةِ – فعلى رِوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ »، و « المُذْهَبِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ »، و « الشَّرْحِ »، و « الفائقِ »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »؛ إحْداهما ، لا تصِيرُ بذلك أمَّ وَلَدٍ . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وصَحَّحه فى « النَّظْمِ » . وهو ظاهِرُ ماقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » .

(١) فى الأصل : « عتقت » .
(٢) فى سننه ٦٢/٢ ، ٦٣ .
(٣) سقط من : م .
(٤ – ٤) فى م : « ليسببها » .

الشرح الكبير

على الصُّورَةِ التى خَفِيَتْ على غَيْرِهِنَّ . وإن لم يَشْهَدْن بذلك ، لكنْ عُلِمَ أنه مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ بشَهادَتِهِنَّ أو غيرِ ذلك ، ففيه رِوايَتان ؛ إحداهُما ، لا تَصِيرُ به الأمَةُ أُمَّ وَلَدٍ ، ولا تَنْقَضِى به عِدَّةُ الحُرَّةِ ، ولا يجبُ على الضَّارِبِ المُتْلِفِ له غُرَّةٌ ولا كفَّارَةٌ . وهذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، والشافعىِّ ، وظاهِرُ ما نَقَلَه الأَثْرَمُ عن أحمدَ ، وظاهِرُ قَوْلِ الحسنِ ، والشَّعْبِىِّ ، وسائِرِ مَن اشْتَرَطَ أنْ يَبِينَ فيه شىءٌ مِن خَلْقِ الآدَمِىِّ . والثانِيَةُ ، تَتَعَلَّقُ به الأحْكامُ الأرْبَعةُ ؛ لأنَّه مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِىٍّ ، أشْبَهَ إذا تَبَيَّنَ . وخرَّجَ أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامِدٍ رِوايَةً ثالِثَةً ، وهى أنَّ الأمَةَ تصيرُ به[1] أُمَّ ولدٍ ، ولا تَنْقَضِى به عِدَّةُ الحُرَّةِ ؛ لأنه رُوِىَ عن أحمدَ ، إذا وَضَعَتْ شيئًا ، فمَسَّتْه القَوابِلُ فعَلِمْنَ أنَّه لحمٌ ولم يَتَبَيَّنْ لحمُه ، فيُحْتاطُ فى العِدَّةِ بأُخْرَى ، ويُحْتاطُ بعِتْقِ الأمَةِ . فظاهِرُ هذا أنَّه حَكَمَ بعِتْقِ الأمَةِ ، ولم يَحْكُمْ بانْقِضاءِ العِدَّةِ ؛ لأنَّ عِتقَ

الإنصاف

والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، تصِيرُ به أُمَّ وَلَدٍ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الخُلاصَةِ » ، وقال : لا تَنْقَضِى به العِدَّةُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . قال فى « المُذْهَبِ » : فإنْ وَضَعَتْ جِسْمًا لا تخْطِيطَ فيه ، فقال الثِّقاتُ مِنَ القَوابِلِ : هو مَبْدَأُ خَلْقِ الإنْسانِ . ففيه ثلاثُ رِواياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، لا تصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ . والثَّانيةُ ، تَصِيرُ . والثَّالثةُ ، تصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إلَّا فى العِدَّةِ ، فإنَّها لا تنْقَضِى بذلك . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وقيل : إنْ وَضَعَتْ قِطْعَةَ لَحْمٍ لم يَبِنْ فيها خَلْقُ آدَمِيٍّ ، فثَلاثُ رِواياتٍ . الثَّالثةُ ، تَعْتِقُ ولا تنْقَضِى به العِدَّةُ . وقيل : ما تجبُ

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

الأَمَةِ تحصِيلٌ للحُرِّيةِ ، فاحْتيطَ بتَحْصِيلِها ، والعِدَّةُ يتَعَلَّقُ بها تَحْرِيمُ التَّزَوُّجِ وحُرْمَةُ الفَرْجِ ، فاحْتِيطَ بإبْقائِها . وقال بعضُ الشافعِيَّةِ بالعَكْسِ : لا تجبُ العِدَّةُ ، ولا تصيرُ الأمَةُ أُمَّ ولدٍ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ كلِّ واحِدٍ منهما ، فيَبْقَى على أصْلِه . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ العِدَّةَ كانتْ ثابتَةً ، والأصْلُ بقاؤُها على ما كانت عليه ، والأصْلُ فى الآدَمِىِّ الحُرِّيَةُ ، فيُغَلَّبُ[1] ما يُفضِى إليها .

الإنصاف

فيه عِدَّةٌ تصِيرُ به أُمَّ وَلَدٍ ، وإنْ كان عَلَقةً . وقيل : تصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ بما لا تنْقَضِى به العِدَّةُ . انتهى . وقيل : لا تصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ بما لا تنْقَضِى به عِدَّتُها . ذكَرَه أيضًا . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : إذا وَضعَتْ مُضْغَةً لم يظْهَرْ فيها شىءٌ مِن خَلْقِ الآدَمِىِّ ، فشَهِدَتْ ثِقاتٌ مِن القَوابلِ أنَّ فيها صُورَةً خَفِيَّةً ، تعَلَّقَتْ بها الأحْكامُ . وجزَم به الزَّرْكَشِىُّ . وإنْ لم يَشْهَدْنَ بذلك ، لكِنْ عُلِمَ أنَّه مَبْدأُ خَلْقِ آدَمِىٍّ ، بشَهادَتِهِنَّ أو غيرِها ، ففيه رِوايَتان . فهذه الصُّورَةُ محَلُّ الرِّوايَتَيْن . وكذا قيَّد ابنُ مُنَجَّى كلامَ المُصَنِّفِ بذلك .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّها لا تصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ بوَضْعِ عَلَقَةٍ . وهو صحيحٌ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، تصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ بوَضْعِها أيضًا . ونصَّ عليه فى رِوايَةِ مُهَنَّا ، ويُوسُفَ بن مُوسى . وقدَّم الأوَّلَ فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، وتقدَّم كلامُه فى العَلَقَةِ .

---

(١) بعده فى م : « على » .

المقنع وَإِنْ أَصَابَهَا فِى مِلْكِ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ ، ثُمَّ مَلَكَهَا حَامِلًا ، عَتَقَ الْجَنِينُ ، وَلَمْ تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ . وَعَنْهُ ، تَصِيرُ .

الشرح الكبير **٣٠٤٤** – مسألة : (وإن أصابها فى مِلْكِ غيره بنكاحٍ أو غيره ، ثم مَلَكَها حامِلًا ، عَتَقَ الجَنِينُ ، و لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ) له (وعنه ، تَصِيرُ) وسَواءٌ مَلَكَها حامِلًا فوَلَدَت فى مِلْكِه ، أو مَلَكَها بعدَ وِلادَتِها . وبه قال الشافعىُّ ؛ لأنَّها عَلِقَت منه بمَمْلوكٍ ، فلم يَثْبُتْ لها حكمُ الاسْتِيلادِ ، كما لو زَنَى بها ثم اشْتَراها ؛ لأنَّ الأصْلَ[1] الرِّقُّ ، وإنَّما خُولِفَ هذا الأصْلُ فيما إذا حَمَلَت منه فى مِلْكِه ، بقولِ الصَّحابَةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، ففيما عَداهُ يَبْقَى على الأصْلِ . ونَقَلَ ابنُ أبى موسى عن أحمدَ ، أنَّها تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ فى الحالَيْن . وهو قولُ الحسنِ ، وأبى حنيفةَ ؛ لأنَّها أُمُّ وَلَدِه ، وهو مالِكٌ لها ، فيَثْبُتُ لها حُكْمُ الاسْتِيلادِ ، كما لو حَمَلَتْ فى مِلْكِه . قال شيخُنا[2] : و لم أَجِدْ هذه الرِّوايةَ عن أحمدَ فيما إذا مَلَكَها بعدَ وِلادَتِها ، إنَّما نُقِلَ عنه التَّوقُّفُ عنها ، [٦/٧٠ ظ] فى رِوايةِ مُهَنَّا ، فقال : لا أَقُولُ فيها شيئًا .

الإنصاف قوله : وإنْ أَصابَها فى مِلْكِ غيرِه بنكاحٍ أو غيرِه ، ثم ملكَها حامِلًا ، عَتَقَ الجَنِينُ ، و لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ . [٣/١٥٤و] هذا المذهبُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال فى « الفائقِ » : هذا المذهبُ . ورَواه إسْحاقُ بنُ مَنْصُورٍ ، عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وكلامُ الخِرَقِىِّ يقْتَضِى ذلك . وجزَم به القاضى فى « الجامعِ الصَّغِيرِ » ، والشَّرِيفُ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » ، وابنُ عَقِيلٍ

---

(١) بعده فى م : « بقاء » .

(٢) فى : المغنى ١٤/٥٨٩ .

الشرح الكبير

وصَرَّحَ فى رِوايَةِ سِواه بجَوازِ بَيْعِها ، فقال : لا أرَى بَأْسًا أن يبيعَها ، إنَّما الحسنُ وَحْدَه قال : إنَّها أُمُّ وَلَدٍ . وقال : أكثرُ ما سَمِعْنا فيه مِن التَّابِعين يقولون : إنَّها لا تَصِيرُ أمَّ وَلَدٍ حتى تَلِدَ عندَه وهو يَمْلِكُها . كان عَبِيدَةُ السَّلْمانِيُّ يقولُ ببَيْعِها ، وشُرَيْحٌ ، وإبراهيمُ ، والشَّعْبىُّ(١) . أمَّا إذا مَلَكَها حامِلًا ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّها تصِيرُ أُمَّ ولدٍ . وهو مذهبُ مالكٍ ؛ لأنَّها وَلَدَت منه فى مِلْكِه ، فأشْبَهَ ما لو أحْبَلَها فى مِلْكِه . وقد صَرَّحَ أحمدُ فى رِوايَةِ إسْحاقَ بن منصورٍ ، أنَّها لا تكونُ أُمَّ ولدٍ حتى تُحْدِثَ عندَه حَمْلًا . ورَوَى عنه ابنُه صالحٌ ، قال : سألتُ أبى عن الرجلِ يَنْكِحُ الأَمَةَ فتَلِدُ منه ، ثم يَبْتاعُها . قال : لا تكونُ أُمَّ ولدٍ له . قُلْتُ : فإنِ اشْتَراها وهى حامِلٌ منه . قال : إذا كان الوَطْءُ يَزِيدُ فى الولدِ ، وكان يَطَؤُها بعد ما اشْتَرَاها وهى حامِلٌ ، كانتْ أُمَّ ولدٍ له . قال ابنُ حامِدٍ : إنْ وطِئَها فى ابْتداءِ حَمْلِها أو بواسِطَةٍ ، صارت له بذلك أُمَّ ولدٍ ؛ لأنَّ الماءَ يَزِيدُ فى سَمْعِ

الإنصاف

فى « التَّذْكِرَةِ » ، والشِّيرازِىُّ فى « المُبْهِجِ » ، وصاحبُ « الوَجيزِ » ، وغيرُهم . واخْتارَه المُصَنِّفُ وغيرُه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وصَحَّحه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وعنه ، تصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ ولو كان قد ملَكَها بعدَ وَضْعِها منه ، نقَلَها ابنُ أبِى مُوسى . قال المُصَنِّفُ : ولم أجِدْ هذه

(١) فى الأصل : « وعامر والشعبى » .

الشرح الكبير

الولدِ وبَصَرِه . وقال القاضى : إن مَلَكَها حامِلًا ، فلم يَطَأْها حتى وَضَعَت ، لم تَصِرْ أُمَّ ولدٍ ، وإن وَطِئَها حالَ حَمْلِها ، نَظَرْنا ؛ فإن كان بعدَ أن كَمَلَ الولَدُ ، وصارَ له خَمْسَةُ أشْهُرٍ ، لم تَصِرْ بذلك أُمَّ ولدٍ ، وإن وَطِئَها قبلَ ذلك ، صارَت له بذلك أُمَّ ولدٍ ؛ لأنَّ عمرَ قال : أبعدَ ما اخْتَلَطَتْ دِماؤُكم ودماؤُهُنَّ ، ولُحومُكُم ولُحومُهنَّ ، بِعْتُمُوهُنَّ[1] ! فعلَّلَ بالمُخالَطَةِ ، والمُخالَطَةُ هٰهُنا حاصِلَةٌ ؛ لأنَّ الماءَ يَزِيدُ فى الولدِ ، ولأنَّ لحُرِّيَّةِ البَعْضِ أثرًا فى تَحْرِيرِ الجميعِ ، بدليلِ ما لو أعْتَقَ أحدُ الشَّرِيكَيْن نَصِيبَه مِن العبدِ . وقال أبو الخَطَّابِ : إن وَطِئَها بعدَ الشِّراءِ فهى أُمُّ وَلَدٍ . وكلامُ الخِرَقِيِّ يَقْتَضِى أن لا تكُونَ أُمَّ وَلَدٍ ، إلَّا أن تَحْبَلَ منه فى مِلْكِه . وهو الذى رَواه إسحاقُ بنُ منصورٍ عن أحمدَ . وهو ظاهِرُ المذهبِ ؛ لأنها لم تَعْلَقْ منه[2] بحُرٍّ ، فلم يَثْبُتْ له حكمُ الاسْتِيلادِ ، كما لو زَنَى بها ثم اشْتَراها ، ولأنَّ حَمْلَها منه إذا لم يُفِدِ الحُرِّيةَ لوَلَدِها ، فلأن لا يُفِيدَها الحُرِّيةَ أوْلَى . ويفارِقُ هذا ما إذا حَمَلَت منه فى مِلْكِه ، فإنَّ الولدَ حُرٌّ ،

الإنصاف

الرِّوايَةَ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، إنَّما نقَل مُهَنَّا عنه الوَقْفَ . وعنه ، تصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إذا مَلَكَها حامِلًا ، بشَرْطِ أنْ يطأَها فيه . واخْتارَها أبو الخَطَّابِ . وقال القاضى : إنْ ملَكَها حامِلًا ، ولم يَطَأْها حتى وَضَعَتْ ، لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ . وإنْ وَطِئَها حالَ حَمْلِها ؛ فإنْ كان بعدَ أنْ كَمَلَ الوَلَدُ وصارَ له خَمْسَةُ أشْهُرٍ ، لم تَصِرْ بذلك أُمَّ وَلَدٍ أيضًا ، وإنْ وَطِئَها قبلَ ذلك ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ . وجزَم به فى « الفُصُولِ » .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٢٩٦/٧ ، ٢٩٧ . وسعيد بن منصور ، فى : سننه ٦١/٢ .

(٢) فى الأصل : « به » .

الشرح الكبير

فتتَحَرَّرُ[1] بتحريرِه . وما ذكروه مِن أنَّ الوَلَدَ يَزِيدُ فيه الوَطْءُ ، غيرُ مُسْتَيْقَنٍ ، فلا يثْبُتُ الحكمُ بالشَّكِّ ، ولو ثَبَتَ أنَّه زاد ، لم يثْبُتِ الحكمُ بهذه الزِّيادَةِ ، بدليلِ ما لو مَلَكَها وهى حامِلٌ منه مِن زِنًى أو مِن غيرِه ، فوَطِئَها ، لم تَصِرْ أُمَّ وَلدٍ وإن زادَ الولَدُ به . ولأنَّ حُكْمَ الاسْتِيلادِ إنَّما ثَبَتَ بالإِجْماعِ فى حَقِّ مَن حَمَلَتْ منه فى مِلْكِه ، وما عَداه ليس فى مَعْناه ، وليس فيه نَصٌّ ولا إجْماعٌ ، فوجَبَ أن لا يَثْبُتَ هذا الحكمُ . ولأنَّ الأَصْلَ الرِّقُّ ، فتَبْقَى على ما كانت عليه .

فصل : قال أحمدُ ، فى مَن اشْتَرَى جارِيَةً حامِلًا مِن غيرِه ، فوَطِئَها قبلَ وَضْعِها : فإنَّ الولدَ لا يَلْحَقُ بالمُشْتَرِى ، ولا يَبِيعُه ، لكنْ يُعْتِقُه ؛ لأنَّه قد شَرِكَ فيه ؛ لأنَّ الماءَ يَزِيدُ فى الولدِ . وقد رُوِىَ عن [٦/٧١ و] أبى الدَّرْداءِ ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه مَرَّ بامرأةٍ مُجِحٍّ[2] على باب فُسْطاطٍ ، فقال : « لَعَلَّهُ يُرِيدُ أن يُلِمَّ بهَا ؟ » . قالوا : نَعَم . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أنْ أَلْعَنَه لَعْنًا يَدْخُلُ مَعَهُ قَبْرَه ، كَيْفَ يُوَرِّثُه وهو لا يَحِلُّ له ؟ أَمْ كَيْفَ يَسْتَخْدِمُه وَهُوَ لا يَحِلُّ له ؟ » . رَواه أبو داودَ[3] . يعنى أنَّه إنِ

الإنصاف

وقال ابنُ حامِدٍ : تصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ إذا ملَكَها حامِلًا ، بشَرْطِ أنْ يطَأَها فى ابْتداءِ الحَمْلِ أو بوسَطِه . وقيل : إنَّه رُوِىَ عن الإِمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . وهو قريبٌ مِن قَوْلِ

---

(١) فى م : « فتحرر » .

(٢) المجح : هى الحامل التى عظم بطنها ، قريبة الولادة .

(٣) فى : باب وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٩٧ . كما أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم وطء الحامل المسبية ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/١٠٦٥ ، ١٠٦٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٤٤٦ .

الشرح الكبير

اسْتَلْحَقَه وشَرِكَه فى مِيرَاثِه لم يَحِلَّ له ؛ لأنَّه ليس بولدِه ، وإنِ اتَّخَذَه مَمْلُوكًا يَسْتَخْدِمُه لم يَحِلَّ له ؛ لأنَّه قد شَرِكَ فيه ؛ لكَوْنِ الماءِ يَزِيدُ فى الولدِ .

فصل : إذا وَطِئَ الرَّجُلُ جارِيَةَ وَلَدِه ، فإن كان قد تَمَلَّكَها وقَبَضَها ، ولم يكُنِ الولدُ وَطِئَها ، ولا تَعَلَّقَتْ بها حاجَتُه ، فقد ملَكَها الأبُ بذلك وصارَتْ جارِيَتَه ، والحكمُ فيها كما لو اشْتَرَاها . وإنْ وَطِئَها قبلَ تَمَلُّكِها ، فقد فَعَلَ مُحَرَّمًا ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ ﴾(1) . وهذه ليست زَوْجَته ولا مِلْكَ يَمِينِه . فإن قيلَ : فقد قال النبىُّ ﷺ : « أَنْتَ ومَالُكَ لأبِيكَ »(2) . فأضافَ مالَ الابنِ إلى أبيه بلامِ المِلْكِ والاسْتِحْقاقِ ، فيَدُلُّ على أنه مِلْكُه . قُلْنا : لم يُرِدِ النبىُّ ﷺ حَقِيقَةَ المِلْكِ ، بدليلِ أنَّه أضاف إليه الولدَ ، وليس بمَمْلُوكٍ ، وأضافَ إليه مالَه فى حالِ إضافَتِه إلى الولدِ ، ولا يكونُ الشىءُ مِلْكًا لمالِكَيْن حَقِيقَةً ، بدليلِ أنَّه يَحِلُّ له وَطْءُ إمائِه ،

الإنصاف

القاضى . فعلى الرِّوايَةِ الأُولَى والثَّانيةِ ، لو أقَرَّ بوَلَدٍ مِن أمَتِه أنَّه وَلَدُه ، ثم ماتَ ولم يُبَيِّنْ هل اسْتَوْلَدَه فى مِلْكِه أو قبلَه ، وأمْكَنا ، ففى كوْنِها أُمَّ وَلَدٍ وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » هنا . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » فى آخِرِ كتابِ الإقْرارِ .

---

(1) سورة المؤمنون ٥ - ٧ ، والمعارج ٢٩ - ٣١ .

(2) تقدم تخريجه فى ٧/٩٤ ، ١٧/١٠٦ .

الشرح الكبير

والتَّصرُّفُ فى مالِه ، وصِحَّةُ بَيْعِه وهِبَتِه وعِتْقِه ، ولأنَّ الولَدلو مات لم يَرِثْ أبُوه منه إلَّا ما قُدِّرَ له ، ولو كان مالَه لاخْتَصَّ به ، ولو مات الأبُ لم يَرِثْ ورَثَتُه مالَ ابْنِه[1] ، ولا يجبُ على الأبِ حَجٌّ ولا زَكاةٌ ولا جِهادٌ بيَسارِ ابنِه ، فعُلِمَ أنَّ النبيَّ ﷺ إنَّما أرادَ التَّجوُّزَ بتَشْبيهِه بمالِه فى بعضِ أحْكامِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا حَدَّ على الأبِ ؛ للشُّبْهَةِ ؛ لأنَّه إذا لم يَثْبُتْ له حقيقةُ المِلْكِ ، فلا أقَلَّ مِن أن يكونَ شُبْهَةً تَدْرَأُ الحَدَّ ، فإنَّ الحَدَّ يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، ولكن يُعَزَّرُ ؛ لأنَّه وَطِئَ وَطْئًا مُحَرَّمًا ، فأشْبَهَ وَطْءَ الجارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا يُعَزَّرُ ؛ لأنَّ مالَ وَلَدِه كمالِه . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ مالَه مُباحٌ له ، غيرُ مَلُومٍ عليه ، بخِلافِ وَطْءِ الأبِ ، فإنَّه عادٍ فيه مَلُومٌ عليه . فإن عَلِقَتْ منه ، فالولدُ حُرٌّ ؛ لأنَّه مِن وَطْءٍ دُرِئَ فيه الحَدُّ لِشُبْهَةِ المِلْكِ ، فكان حُرًّا ، كولدِ الجارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ ، ولا تَلْزَمُه قِيمَتُه ؛ لأنَّ الجارِيَةَ تَصِيرُ مِلْكًا له بالوَطْءِ ، فيَحْصُلُ عُلوقُها بالولدِ وهى مِلْكُه ، وتَصِيرُ أُمَّ ولدٍ له ، تَعْتِقُ بمَوْتِه وتَنْتَقِلُ إلى مِلْكِه ، فيَحِلُّ له وَطْؤُها بعدَ ذلك . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، فى أحَدِ قولَيْه . وقال فى الآخَرِ : لا تَصِيرُ أُمَّ ولدٍ له ،

الإنصاف

وهما احْتِمالان فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ؛ أحدُهما ، تكونُ أُمَّ وَلَدٍ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وصحَّحه أيضًا فى « الرِّعايَةِ » فى آخرِ البابِ ، و « إدْراكِ الغايَةِ » . والثَّانى ، لا تكونُ أُمَّ وَلَدٍ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، فى آخرِ كتابِ الإقْرارِ .

---

(١) فى الأصل : « أبيه » .

الشرح الكبير

ولا يَمْلِكُها ؛ لأنَّه اسْتَوْلَدَها فى غيرِ مِلْكِه ، فأشْبَهَ الأجْنَبِىَّ ، ولأنَّ ثُبوتَ أحْكامِ الاسْتِيلادِ إنَّما كان بالإجْماعِ فيما إذا اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَتَه ، وهذه ليستْ (1)مَمْلوكةً له(1) ، ولا فى مَعْنَى [٦/٧١ ظ] مَمْلوكَتِه ؛ لأنَّها مُحَرَّمَةٌ عليه ، فوجَبَ أن لا يَثْبُتَ لها هذا الحكمُ ؛ لأنَّ الأصْلَ الرِّقُّ ، فيَبْقَى على الأصْلِ ، ولأنَّ الوَطْءَ المُحَرَّمَ لا يَنْبَغِى أن يكونَ سَبَبًا للمِلْكِ الذى هو نِعْمَةٌ وكَرَامَةٌ ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى تَعاطِى المُحَرَّماتِ . ولَنا ، أنَّها عَلِقَتْ منه بحُرٍّ لأجْلِ المِلْكِ ، فصارَتْ أُمَّ ولدٍ له ، كالجارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ ، وبهذا فارَقَ وَطْءَ الأجْنَبِىِّ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا يَلْزَمُه مَهْرُها ولا قِيمَتُها . وقال أبو حنيفةَ : لا يَلْزَمُه مهرُها ، وتَلْزَمُه قِيمَتُها ؛ لأنَّه أخْرَجَها عن مِلْكِ سيدِها بفِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، أشْبَهَ ما لو قَتَلَها ، وإنَّما لم يَلْزَمْه مَهْرُها ؛ لأنَّه إذا ضَمِنَها فقد دَخَلَتْ قِيمةُ البُضْعِ فى ضَمانِها ، فلم يَضْمَنْه ثانيًا ، كما لو قَطَعَ يَدَها فسَرَى القَطْعُ إلى نَفْسِها فإنَّه يضْمَنُ قِيمةَ النَّفْسِ دُونَ قِيمَةِ اليَدِ . وقال الشافعىُّ : يَلْزَمُه مَهْرُها ؛ لأنَّه وَطِئَ جارِيَةَ غيرِه وَطْئًا مُحَرَّمًا ، فلَزِمَه مَهْرُها ، كالأجْنَبِىِّ ، وتَلْزَمُه قِيمَتُها ، على القولِ بكَوْنِها أُمَّ ولدٍ ، كما يَلْزَمُ

الإنصاف

فعلى هذا ، يكونُ عليه الوَلاءُ . وفيه نظَرٌ . قالَه فى « المُغْنِى » . وتأْتِى المَسْأَلَةُ فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى آخِرِ كتابِ الإقْرارِ .

فائدةٌ حسنةٌ : لو قال لجارِيَتِه : يدُك أُمُّ وَلَدِى . أو قال لوَلَدِها : يدُك ابْنِى . صحَّ . ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » ، فى طَلاقِ جُزْءٍ ، واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » .

(١ - ١) فى م : « مملوكته » .

الشرح الكبير

أَحَدَ الشَّرِيكَيْن قيمةُ[1] نَصِيبِ شَرِيكِه إذا اسْتَوْلَدَ الجارِيَةَ المُشْتَرَكَةَ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « أنْتَ ومَالُكَ لأَبِيكَ » . ولأنَّه لا يَلْزَمُه قِيمَةُ ولدِها ، فلم يَلْزَمْه مَهْرُها ولا قِيمَتُها ، كمَمْلُوكَتِه ، ولأنَّه وَطْءٌ صارتْ به المَوْطُوءَةُ أُمَّ ولدٍ لأمْرٍ لا يَختَصُّ ببَعْضِها ، فأشْبَهَ اسْتيلادَ مَمْلُوكَتِه .

فصل : فإن كان الابنُ قد وَطِئَ جارِيَتَه ، ثم وَطِئَها أبوه فأوْلَدَها ؛ فقد رُوِىَ عن أحمدَ فى مَن وَقَعَ على جارِيَةِ ابنِه : إن كان الأبُ قَابِضًا لها ، ولم يكُنْ الابنُ وَطِئَها ، فهى أُمُّ ولَدِه ، فليس للابنِ فيها شىءٌ . قال القاضى : فظاهِرُ هذا ، أنَّ الابنَ إن كان قَدْ وَطِئَها ، لم تَصِرْ أُمَّ ولدٍ للأبِ باسْتِيلادِها ؛ لأنَّها تَحْرُمُ عليه تحْرِيمًا مُؤَبَّدًا بوَطْءِ ابْنِه لها[1] ، ولا تَحِلُّ له بحالٍ ، فأشْبَهَ وَطْءَ الأجْنَبِىِّ . فعلى هذا القولِ ، لا يَمْلِكُها ، ولا تَعْتِقُ

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : أو غيرِه . أنَّ الخِلافَ شامِلٌ ما لو وَطِئَها بزِنًى ثم ملَكَها . وقد صرَّح به فى « الهِدايَةِ »، و « المُذْهَبِ »، و «المُسْتَوْعِبِ»، و «الخُلاصَةِ»، و « الكافِى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقال الشَّرِيفُ ، وأبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : إذا أصابَها بذلك ، فإنَّها لا تصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ بذلك ، قوْلًا واحِدًا .

فائدة : نصَّ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَن اشْتَرَى جارِيَةً حامِلًا مِن غيرِه فوَطِئَها ، أنَّ الوَلَدَ لا يلْحَقُ بالواطِئِ ، ولكِنْ يَعْتِقُ عليه ؛ لأنَّ الماءَ يزيدُ فى الوَلَدِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرَّوْضَةِ » ،

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

بمَوْتِه . فأمَّا ولدُها ، فيَعْتِقُ على أخِيه ؛ لأنَّه ذو رَحِمِه . (١)ويَحْتَمِلُ أن يَثْبُتَ لها حُكْمُ الاستيلادِ مِن غيرِ أن تَحِلَّ له(١) ، كما لو اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَته التى وَطِئَها ابنُه ، فإنَّها تَصِيرُ أُمَّ ولدٍ له مع تحْرِيمِها عليه على التَّأْبِيدِ ، فكذلك هٰهُنا ؛ لأنَّه وَطْءٌ يُدْرَأُ فيه الحَدُّ بشُبْهَةِ المِلْكِ ، فصارَتْ به أُمَّ ولدٍ ، كما لو لم يطَأْها الابنُ .

فصل : فإن وَطِئَ الابنُ جارِيَةَ أبِيه فهو زانٍ ، عليه الحَدُّ إذا كان عالمًا بالتَّحْرِيمِ ، ولا تَصِيرُ أُمَّ ولدٍ له ، ويَلْزَمُه مَهْرُها ، ويَعْتِقُ ولَدُه على جَدِّه ؛ لأنَّه ابنُ ابنِه ، إذا قُلْنا : إنَّ ولدَ الزِّنَى يَعْتِقُ على أبِيه . وتَحْرُمُ الجارِيَةُ على الأبِ على التَّأْبِيدِ ، ولا تَجِبُ قِيمَتُها على الابنِ ؛ لأنَّه لم يُخْرِجْها عن مِلْكِ أبِيه ، ولم يَمْنَعْه بَيْعَها ولا التَّصَرُّفَ فيها بغيرِ الاسْتِمتاعِ . فإنِ اسْتَوْلَدَها الأبُ بعدَ ذلك فقد فَعَلَ مُحَرَّمًا ، ولا حَدَّ عليه ؛ لأنَّه وَطْءٌ صادَفَ مِلْكًا ، وتَصِيرُ أُمَّ ولَدٍ له ؛ لأنَّه اسْتَوْلَدَ مَمْلوكَتَه ، فأشْبَهَ مالو وَطِئَ أمَتَه المَرْهُونَةَ .

فصل : فإن وَطِئَ أمَتَه وهى مُزَوَّجَةٌ ، فقد فَعَلَ مُحَرَّمًا ، ولا حَدَّ عليه ؛ لأنَّها مَمْلوكَتُه ، [٦/ ٧٢ و] ويُعَزَّرُ . قال أحمدُ : يُجْلَدُ ، ولا يُرْجَمُ . يعنى

الإنصاف

وغيرِهم . ونقَله الأَثْرَمُ ، ومحمدُ بنُ حَبِيبٍ . ونقَل صالِحٌ وغيرُه : يلْزَمُه عِتْقُه . فيُعايَى بها . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : يُسْتَحَبُّ ذلك ، وفى وُجُوبِه خِلافٌ فى مذهبِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وغيرِه . وقال أيضًا : يَعْتِقُ ويُحْكَمُ بإسْلامِه ، وأنَّه يسْرِى كالعِتْقِ ، ولا يثْبُتُ نسَبُه .

(١ - ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

أنَّه يُعَزَّرُ بالجَلْدِ ؛ لأنَّه لو وَجَبَ عليه الحَدُّ ، لوَجَبَ الرَّجْمُ إذا كان مُحْصَنًا . فإن أوْلَدَها صارَتْ أُمَّ ولدٍ له ؛ لأنَّه اسْتَوْلَدَ مَمْلُوكَتَه ، وتَعْتِقُ بمَوْتِه ، وولدُه حُرٌّ ، وما وَلَدَت بعدَ ذلك مِن الزَّوْجِ فحُكْمُه حكمُ أُمِّه .

فصل : ولو مَلَكَ رَجُلٌ أُمَّه مِن الرَّضاعِ ، أو أُخْتَه ، أو ابْنَتَه ، لم يَحِلَّ له وَطْؤُها . فإن وَطِئَها فلا حَدَّ عليه ، في أصَحِّ الرِّوايَتَيْن ؛ لأنَّها مَمْلُوكَتُه ، ويُعَزَّرُ . وإنْ وَلَدَتْ منه فالوَلَدُ حُرٌّ ، ونَسَبُه لاحِقٌ به ، وهي أُمُّ وَلَدِه . وكذلك[1] لو مَلَكَ أمَةً مَجُوسِيَّةً ، أو وَثَنِيَّةً ، فاسْتَوْلَدَها ، أو مَلَكَ الكافِرُ أمةً مُسْلِمَةً فاسْتَوْلَدَها ، فلا حَدَّ عليه ، ويعزَّرُ ، ويَلْحَقُه نَسَبُ وَلَدِه ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له[2] ، تَعْتِقُ بمَوْتِه ؛ لِما ذَكَرْنا . وكذلك لو وَطِئَ أمَتَه المَرْهُونَةَ ، أو وَطِئَ رَبُّ المالِ أمَةً مِن مالِ المُضارَبَةِ فأوْلَدَها ، صارَتْ له بذلك أُمَّ ولدٍ ، وخرجت مِن الرَّهْنِ والمُضارَبَةِ ، [3]وتَنْفَسِخُ المُضارَبَةُ به فيها[3] ، وإن كان فيها رِبْحٌ جُعِلَ الرِّبْحُ في مالِ المُضارَبَةِ ، وعليه قِيمَتُها للمُرْتَهِنِ ، تُجْعَلُ مَكانَها رَهْنًا ، أو يُوَفِّيه عن دَيْنِ الرَّهْنِ . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

تنبيه : تقدَّم في آخِرِ باب قِسْمَةِ الغَنائِمِ ، إذا وَطِئَ جارِيَةً مِنَ المَغْنَمِ ، ممَّن له فيها حقٌّ أو لوَلَدِه ، فأَوْلَدَها ، ماحُكْمُه ؟ وتقدَّم في بابِ الوَقْفِ ، إذا وَطِئَ الجارِيَةَ المَوْقُوفَةَ عليه ، فأَحْبَلَها ، وحُكْمُها . وتقدَّم في بابِ الهِبَةِ ، إذا أحْبَلَ جارِيَةَ وَلَدِه ،

(١) في م : « لذلك » .
(٢) سقط من : م .
(٣ - ٣) سقط من : م .

المقنع

وَأَحْكَامُ أُمِّ الْوَلَدِ أَحْكَامُ الْأَمَةِ ، فِى الْإِجَارَةِ ، وَالِاسْتِخْدَامِ ، وَالْوَطْءِ ، وَسَائِرِ أُمُورِهَا ، إِلَّا فِيمَا يَنْقُلُ الْمِلْكَ فِى رَقَبَتِهَا ؛ كَالْبَيْعِ ، وَالْهِبَةِ ، وَالْوَقْفِ ، أَوْ مَا يُرَادُ لَهُ ؛ كَالرَّهْنِ . وَعَنْهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ بَيْعِهَا مَعَ الْكَرَاهَةِ ، وَلَا عَمَلَ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

٣٠٤٥ – مسألة : (وأحكامُ أُمِّ الوَلَدِ أحكامُ الأَمَةِ ، فى الإِجارَةِ ، والاسْتِخْدامِ ، والوَطْءِ ، وسائِرِ أُمُورِهَا ، إلَّا فيما يَنْقُلُ المِلْكَ فى رَقَبَتِها ؛ كالبَيْعِ ، والهِبَةِ ، والوَقْفِ ، أو ما يُرادُ له ؛ كالرَّهْنِ . وعنه ، ما يَدُلُّ على جَوازِ بَيْعِها مع الكَراهَةِ . ولا عَمَلَ عليه) وجملةُ ذلك ، أنَّ الأَمَةَ إذا حَمَلَتْ مِن سيدِها ، ووَلَدَتْ منه ، ثَبَتَ لها حُكْمُ الاسْتِيلادِ ، وحُكْمُها حكمُ الإماءِ فى حِلِّ وَطْئِها لسيدِها ، واسْتِخْدامِها ، ومِلْكِ كَسْبِها ، وتَزْوِيجِها ، وإجارَتِها ، وعِتْقِها ، وتكْلِيفِها ، وحَدِّها ، وعَوْرَتِها .

الإنصاف

فى فَصْلٍ ، وللأَبِ أنْ يأْخُذَ مِن مالِ وَلَدِه ما شاءَ .

قوله : وأَحْكامُ أُمِّ الوَلَدِ أَحْكامُ الأَمَةِ فى الإِجارَةِ ، والاسْتِخْدامِ ، والوَطْءِ ، وسائِرِ أُمُورِها ، إلَّا فيما يَنْقُلُ المِلْكَ فى رَقَبَتِها ؛ كالبَيْعِ ، والهِبَةِ ، والوَقْفِ ، أو ما يُرادُ له ، كالرَّهْنِ . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يجوزُ ولا يصِحُّ بَيْعُ أُمِّ الوَلَدِ . وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، ونصَّ عليه ، وقطَع به كثيرٌ منهم ، وحكَى جماعةٌ الإِجْماعَ على ذلك . وعنه ، ما يدُلُّ على جَوازِ بَيْعِها مع الكَراهَةِ ، ولا عمَلَ عليه . قلتُ : قال فى « الفُنونِ » : يجوزُ بَيْعُها ؛ لأنَّه قولُ عليٍّ بنِ أبِى طالِبٍ وغيرِه مِنَ الصَّحابةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، وإجْماعُ التَّابِعينَ لا يرْفَعُه . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ

الشرح الكبير

وهذا[1] قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . وحُكِىَ عن مالكٍ ، أنَّه لا يَمْلِكُ إجارَتَها وتَزْوِيجَها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ بَيْعَها ، فلا يَمْلِكُ تَزْوِيجَها وإجارَتَها ، كالحُرَّةِ . ولَنا ، أنَّها مَمْلوكَةٌ يُنْتَفَعُ بها ، فيَمْلِكُ سيدُها تَزْوِيجَها وإجارَتَها ، كالحُرَّةِ ، وإنَّما مُنِعَ بَيْعَها ؛ لأنَّها اسْتَحَقَّتْ أن تَعْتِقَ بمَوْتِه ، وبَيْعُها يَمْنَعُ ذلك ، بخِلافِ التَّزْوِيجِ والإِجارَةِ . ويَبْطُلُ دليلُهم بالمَوْقُوفَةِ والمُدَبَّرَةِ عندَ مَن مَنَعَ بَيْعَها . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّها تُخالِفُ الأَمَةَ القِنَّ ، فى أنَّها تَعْتِقُ بمَوْتِ سيدِها مِن رأسِ المالِ ، ولا يجوزُ بَيْعُها ، ولا التَّصَرُّفُ فيها بما يَنْقُلُ المِلْكَ ، مِن الهِبَةِ والوَقْفِ ، ولا ما يُرادُ للبَيْعِ ، وهو الرَّهْنُ ، ولا تُورَثُ ؛ لأنَّها تَعْتِقُ بمَوْتِ سيدِها ويَزُولُ المِلْكُ عنها . رُوِىَ هذا عن عمرَ ، وعثمانَ ، وعائشةَ ، وعامَّةِ الفُقهاءِ . ورُوِىَ عن علىٍّ ، وابنِ عباسٍ ، وابنِ الزُّبَيْرِ ، إباحَةُ بَيْعِهِنَّ . وإليه ذَهَبَ داودُ . [2]قال سعيدٌ[2] : ثنا سفيانُ ، عن عمرٍو ، عن عطاءٍ ، عن ابنِ عباسٍ ، فى أُمِّ الولدِ ، قال :

الإنصاف

الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ . قال فى « الفائقِ » : وهو الأظْهَرُ . قال : فتَعْتِقُ بوَفاةِ سيِّدِها مِن نَصِيبِ وَلَدِها إنْ كان لها وَلَدٌ ، أو بعضُها مع عدَمِ سَعَتِه ، ولو لم يكُنْ لها وَلَدٌ ، فكَسائِرِ رَقِيقِه . وكذا قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الفائقِ » . قال فى « الفُروعِ » بعدَ ذِكْرِ الرِّوايَةِ : فقيل : لا تَعْتِقُ بمَوْتِه . ونفَى هذه الرِّوايَةَ فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » ولم يُثْبِتْها ، وتأَوَّلَها . وحكَى

---

(١) فى الأصل : « غير هذا » .

(٢ - ٢) فى م : «قال ثنا سعيد » . وهو فى : السنن ٢/٦٣ . كما أخرجه الرزاق ، فى : المصنف ٧/٢٩٠ .

الشرح الكبير

بِعْهَا كما تَبِيعُ ثِيابَك أو بَعِيرَكَ . قال[1] : وثنا أبو عَوَانَةَ ، عن مُغِيرَةَ ، عن الشَّعْبِىِّ، عن عَبِيدَةَ ، قال : خَطَبَ عَلِىٌّ الناسَ ، فقال : شاوَرَنِى عمرُ فى أُمَّهاتِ الأولادِ ، فرَأَيْتُ أنا وعمرُ [٧٢/٦ ظ] أن أُعْتِقَهُنَّ ، فقَضَى به عمرُ حَيَاتَه ، وعثمانُ حياتَه ، فلمَّا وَلِيتُ رأيتُ أن أُرِقَّهُنَّ . قال عَبِيدَةُ : فرَأْىُ عمرَ وعلِىٍّ فى الجماعَةِ أحَبُّ إلينا مِن رَأْىِ عَلِىٍّ وحْدَه . وقد روَى صالِحُ ابنُ أحمدَ ، قال : قُلْتُ لأبى : إلى[2] أىِّ شىءٍ تَذْهَبُ فى بَيْعِ أُمَّهاتِ الأوْلادِ ؟ قال : أكْرَهُه ، وقد باعَ علِىُّ بنُ أبى طالِبٍ . وقال فى رِوايةِ إسحاقَ بنِ منصورٍ : لا يُعْجِبُنِى بَيْعُهنَّ . قال أبو الخَطَّابِ : وظاهِرُ هذا أنَّه يَصِحُّ بَيْعُهُنَّ مع الكَراهَةِ . فجعلَ هذا رِوايةً ثانيةً[3] عن أحمدَ . قال شيخُنا[4] : والصَّحِيحُ أنَّ هذا ليس برِوايةٍ مُخالِفَةٍ لقولِه : إنَّهُنَّ لا يُبَعْنَ . لأنَّ السَّلَفَ ، رَحْمَةُ اللهِ عليهم ، كانوا يُطْلِقُونَ الكَراهَةَ على التَّحْرِيمِ كثيرًا ، ومتى كان التَّحْرِيمُ والمَنْعُ مُصَرَّحًا به فى سائِرِ الرِّواياتِ عنه ، وَجَبَ حَمْلُ هذا اللَّفْظِ المُحْتَمِلِ على المُصَرَّحِ به ، ولا يُجْعَلُ ذلك اخْتِلافًا . وحُجَّةُ مَن أجازَ بَيْعَهُنَّ، ما روَى جابرٌ، قال: بِعْنا أُمَّهاتِ الأوْلادِ على

الإنصاف

بعضُهم [١٥٤/٣ظ] هذا القَوْلَ إجْماعَ الصَّحابَةِ . وتقدَّم فى أواخِرِ التَّدْبيرِ ، أنَّه لا يصِحُّ تَدْبيرُها ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وتقدَّم فى أوائلِ كتابِ الوَقْفِ ،

(١) فى السنن ٦٠/٢ ، ٦١ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤٣٦/٦ ، ٤٣٧ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٣٤٣/١٠ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى الأصل : « ثالثة » .

(٤) فى : المغنى ٥٨٥/١٤ .

الشرح الكبير

عَهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ ، وأبى بكرٍ ، (1فلمَّا كان عمرُ ، نهانَا ، فانْتَهَيْنا[2] . وما كان جائِزًا فى عَهْدِ النبىِّ ﷺ وأبى بكرٍ 1) ، لم يَجُزْ نَسْخُه بقولِ عمرَ ولا غيرِه ، ولأنَّ نَسْخَ الأحكامِ إنَّما يجوزُ فى عصرِ[3] النبىِّ ﷺ ؛ لأنَّ النَّصَّ إنَّما يُنْسَخُ بنَصٍّ . وأمَّا قولُ الصَّحابىِّ ، فلا يَنْسَخُ ، ولا يُنْسَخُ به ، فإنَّ أصْحابَ النبىِّ ﷺ كانوا يَتْرُكُونَ أقْوالَهم لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ ، ولا يَتْرُكُونَها بأقْوالِهم ، وإنَّما تُحْمَلُ مُخالَفَةُ عمرَ لهذا النَّصِّ على أنَّه لم يَبْلُغْه ، ولو بَلَغَه لم يَعْدُه إلى غيرِه . ولأنَّها مَمْلوكَةٌ لم يُعْتِقْها سيدُها ، ولا شيئًا منها ، ولا قرابَةَ بينَه وبينَها ، فلم تَعْتِقْ ، كما لو وَلَدَتْ مِن أبيه[4] فى نِكاحٍ أو غيرِه . ولأنَّ الأصْلَ الرِّقُّ ، ولم يَرِدْ بزَوالِه نَصٌّ ولا إجْماعٌ ولا ما فى مَعْنَى ذلك ، فوجَبَ البقاءُ عليه . ولأنَّ وِلادَتَها لو كانت مُوجِبَةً لعِتْقِها ، لَثَبَتَ العِتْقُ بها حينَ وُجودِها ، كسائِرِ أسْبابِه . ورُوِىَ عن ابنِ عباسٍ رِوايةٌ أُخْرَى ، أنَّها تُجْعَلُ فى سَهْمِ وَلَدِها لتَعْتِقَ عليه[5] . قال سعيدٌ[6] : ثنا سُفيانُ ، ثنا الأعْمَشُ ، عن زيدِ بنِ وَهْبٍ ، قال : مات

الإنصاف

هل يَصِحُّ وَقْفُ أُمِّ الوَلَدِ ، أمْ لا ؟ وتقدَّم أيضًا فى أواخرِ بابِ الهِبَةِ ، هل يصِحُّ هِبَةُ أُمِّ الوَلَدِ ، أمْ لا ؟ فلْيُراجَعا .

(1 - 1) سقط من : الأصل .

(2) أخرجه أبو داود ، فى : باب عتق أمهات الأولاد ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/٣٥٢ .

(3) فى م : « عهد » .

(4) فى م : « ابنه » .

(5) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٦/٤٤٠ .

(6) فى السنن ٢/٦٣ . كما أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٧/٢٨٩ ، ٢٩٠ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٦/٤٣٨ .

الشرح الكبير

رجلٌ مِنَّا وتَرَكَ أُمَّ وَلَدٍ ، فأراد الوَليدُ بنُ عُقْبَةَ أن يَبِيعَها فى دَيْنِه ، فأَتَيْنا[1] عبدَ اللهِ بنَ مسعودٍ فذَكَرْنا[2] ذلك له ، فقال : إن كان ولابُدَّ ، فاجْعَلُوها مِن نَصِيبِ أولادِها . ولَنا ، ما روَى عِكْرِمَةُ ، عن ابنِ عباسٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « أَيُّما أَمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِها ، فهى حُرَّةٌ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ » . وقال ابنُ عباسٍ : ذُكِرَتْ أُمُّ إبراهيمَ عندَ رسولِ اللهِ ﷺ ، فقال : « أَعْتَقَها وَلَدُها » . روَاهما ابنُ ماجَه[3] . وذكَر الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ فى « مسائِلِه » ، عن ابنِ عمرَ ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه نَهَى عن بَيْعِ أُمَّهاتِ الأَوْلادِ ، ولا يُبَعْنَ ، ولا يُرْهَنَّ ، ولا يُرِثْنَ ، يَسْتَمْتِعُ بها سيدُها ما بدا له ، فإن ماتَ فهى حُرَّةٌ[4] . قال شيخُنا[5] : وهذا فيما أظُنُّ عن عمرَ ، ولا يَصِحُّ عن النبىِّ ﷺ . ولأنَّه إجْماعُ الصَّحابَةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، بدَليلِ قولِ علىٍّ : كان رَأْيِى ورَأْىُ [٧٣/٦ و] عمرَ ، أن لا تُباعَ أُمَّهاتُ الأَوْلادِ . وقولِه : فقَضَى به عمرُ حياتَه ، وعثمانُ حياتَه . وقولِ عَبِيدَةَ : رأْىُ علىٍّ فى الجماعَةِ أحَبُّ إلينا مِن رَأْيِه وَحْدَه . وروَى عِكْرِمَةُ عن ابنِ عباسٍ ،

الإنصاف

فائدة : هل لهذا الخِلافِ شُبْهَةٌ ؟ فيه نِزاعٌ . والأَقْوَى ، فيه شُبْهَةٌ . قالَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، وأنَّه يَنْبَنِى عليه ؛ لو وَطِئَ مُعْتَقِدًا تحْريمَه ، هل يلْحَقُه

---

(١) فى الأصل : « فأتيا » .

(٢) فى الأصل : « فذكرا » .

(٣) الأول تقدم تخريجه فى صفحة ٤٢١ ، والثانى فى صفحة ٤١٥ .

(٤) وأخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب المكاتب . سنن الدارقطنى ١٣٤/٤ ، ١٣٥ . مرفوعا وموقوفا على عمر . وأخرجه الإمام مالك موقوفا على عمر ، فى : باب عتق أمهات الأولاد ... ، من كتاب العتق والولاء . الموطأ ٧٧٦/٢ .

(٥) فى : المغنى ٥٨٧/١٤ .

الشرح الكبير

قال : قال عمرُ : ما مِن رَجُلٍ كان[1] يُقِرُّ بأنَّه يَطَأُ جارِيَةً ثم يمُوتُ ، إلَّا أعْتَقَها إذا وَلَدَت ، وإن كان سَقْطًا[2] . فإن قيلَ : فكيف تَصِحُّ دَعْوَى الإجْماعِ مع مُخالَفَةِ علىٍّ وابنِ عباسٍ وابنِ الزُّبَيْرِ . قُلْنا : قد رُوِىَ عنهم الرُّجوعُ عن المُخالَفَةِ ، فروَى عَبِيدَةُ ، قال : بَعَثَ إلَىَّ علىٌّ وإلى شُرَيْحٍ ، فقال[3] : اقْضُوا كما كُنْتُم تَقْضُون ، فإنِّى أُبْغِضُ الاخْتلافَ[4] . وابنُ عباسٍ قال : وَلَدُ أُمِّ الولدِ بمَنْزِلَتِها . وهو الرَّاوِى لحديثِ عِتْقِهِنَّ عن النبىِّ ﷺ وعن عمرَ ، فيَدُلُّ على مُوافَقَتِه لهم . ثم قد ثَبَتَ الإجْماعُ باتِّفاقِهم قبلَ المُخالَفَةِ ، واتِّفاقُهم مَعْصومٌ عن الخَطَأ ، فإنَّ الأُمَّةَ لا تَجْتَمِعُ على ضَلالةٍ ، ولا يجوزُ أنْ يَخْلُوَ زَمَنٌ عن قائِمٍ للهِ بحُجَّتِه ، ولو جازَ[5] ذلك فى بعضِ العَصْرِ لجازَ فى جَمِيعِه ، ورَأْىُ المُوافِقِ فى زَمَنِ الاتِّفاقِ خيرٌ مِن[6] رَأْيِه فى الخلافِ بعدَه ، فيكونُ الاتِّفاقُ حُجَّةً على المُخالِفِ له منهم ، كما هو حُجَّةٌ على غيرِه . فإن قيلَ : فلو كان الاتِّفاقُ فى بعضِ العَصْرِ إجْماعًا حَرُمَتْ مُخالَفَتُه ، فكيف خالَفَه هؤلاءِ الأئمَّةُ الذين لا تجوزُ نِسْبَتُهم إلى ارْتكابِ الحَرَامِ ؟ قُلْنا : الإجْماعُ يَنْقَسِمُ إلى مَقْطوعٍ به ومَظْنُونٍ ،

الإنصاف

نَسَبُه ، أو يُرْجَمُ المُحْصَنُ ؟ أمَّا التَّعْزِيرُ ، فواجِبٌ . انتهى . وتابعَه فى « الفُروعِ » .

---

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٢٠ .

(٣) بعده فى م : « لى » .

(٤) أخرجه وكيع ، فى : أخبار القضاة ٢/٣٩٩ .

(٥) فى الأصل : « كان » .

(٦) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

وهذا مِن المَظْنُونِ ، فتُمْكِنُ (١ المُخالَفَةُ منهم ١) ، مع كَوْنِه حُجَّةً ، كما وَقَعَ منهم مُخالَفَةُ النُّصُوصِ الظَّنِّيَّةِ ، و لم تَخْرُجْ بمُخالَفَتِهم (٢) عن كَوْنِها حُجَّةً ، كذا هٰهُنا . فأمَّا قولُ جابرٍ : بِعْنا أُمَّهاتِ الأوْلادِ على عَهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ وأبى بكرٍ . فليس فيه تَصْريحٌ بأنَّه كان بعِلْمِ رسولِ اللهِ ﷺ ، ولا عِلْمِ أبى بكرٍ ، فيكونُ ذلك وَاقِعًا منهم على انْفِرادِهم ، فلا تكونُ فيه حُجَّةٌ ، ويَتَعَيَّنُ حَمْلُ الأمْرِ على هذا ؛ لأنَّه لو كان هذا واقِعًا بعِلْمِ رسولِ اللهِ ﷺ وأبى بكرٍ ، وأقَرَّا عليه ، لم تَجُزْ مُخالَفَتُه ، و لم يُجْمِعِ الصَّحابَةُ بعدَهُما على مُخالَفَتِهما ، ولو فعلُوا ذلك لم يَخْلُ مِن مُنْكِرٍ عليهم ، ويَقولُ : كيف تُخالِفُون فِعْلَ رسولِ اللهِ ﷺ ، وفعلَ صاحِبِه (٣) ؟ و كيف تَتْرُكُون سُنَّتَهما ، وتُحَرِّمُونَ ما أحَلَّا ؟ ولأنَّه لو كان ذلك واقِعًا بعِلْمِهما ، لاحْتَجَّ به علىٌّ حينَ رأى بَيْعَهُنَّ ، واحْتَجَّ به كلُّ مَن وَافَقَه على بَيْعِهِنَّ ، و لم يَجْرِ شىءٌ مِن هذا ، فوجَبَ أنْ يُحْمَلَ الأمْرُ على ما حَمَلْناه عليه ، فلا يكونُ فيه إذًا حُجَّةٌ . ويَحْتَمِلُ أنَّهم باعُوا أُمَّهاتِ الأوْلادِ فى النِّكاحِ لا فى المِلْكِ .

فصل : ومَن أجازَ بَيْعَهُنَّ ، فعلى قولِه ، إن لم يَبِعْها سَيدُها حتى مات ، و لم يكُنْ له وارِثٌ إلَّا ولدَها ، عَتَقَتْ عليه ، وإن كان له وارِثٌ سِوَى وَلَدِها حُسِبَتْ مِن نَصِيبِه ، فعَتَقَتْ ، و كان له ما بَقِىَ مِن مِيراثِه ، وإن لم يَبْقَ شىءٌ

(١ - ١) فى الأصل : « وقوع منهم لهم » .

(٢) فى النسختين : « مخالفتهم » وانظر المغنى ١٤/٥٨٨ .

(٣) فى م : « صاحبيه » .

المقنع ثُمَّ إِنْ وَلَدَتْ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا ، فَلِوَلَدِهَا حُكْمُهَا فِى الْعِتْقِ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، سَوَاءٌ عَتَقَت أَوْ مَاتَتْ قَبْلَهُ .

الشرح الكبير فلا شىءَ له . وإن كانت أكثَرَ مِن نَصِيبِه عَتَقَ منها قَدْرُ نَصِيبِه ، وبَاقِيها [٦/٧٣ ظ] رَقِيقٌ لسائِرِ الوَرَثَةِ ، إلَّا على قولِ مَن قال : إنَّه إذا وَرِث سَهْمًا ممَّن يَعْتِقُ عليه سَرَى العِتْقُ إلى باقِيه . فإنَّه يَعْتِقُ إن كان مُوسِرًا . وإن لم يَكُنْ لها وَلَدٌ مِن سَيدِها ورِثَها وَرَثَتُه ، كسائِرِ رَقِيقِه .

٣٠٤٦ – مسألة : (وإن وَلَدَتْ مِن غيرِ سيدِها ، فلوَلَدِها حُكْمُها فى العِتقِ بمَوْتِ سيدِها ، سَواءٌ عَتَقَتْ أو ماتَتْ قبلَه) إذا وَلَدَتْ أُمُّ الوَلَدِ بعدَ ثُبوتِ حُكْمِ الاسْتِيلادِ لها مِن غيرِ سيدِها ، مِن زَوْجٍ أو غيرِه ، فحُكْمُه حُكْمُها ، فى أنَّه يَعْتِقُ بمَوْتِ سيدِها ، ويجوزُ فيه مِن التَّصرُّفاتِ ما يجوزُ فيها ، ويَمْتَنِعُ فيه[1] ما يَمْتَنِعُ فيها . قال أحمدُ : قال [2]ابنُ عُمَرَ[2] ، وابنُ عباسٍ ، وغيرُهما : وَلَدُها بمَنْزِلَتِها . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا بينَ القائلين

الإنصاف قوله : ثم إنْ وَلَدَتْ مِن غيرِ سَيِّدِها ، فلوَلَدِها حُكْمُها فى العِتقِ بمَوْتِ سَيِّدِها ؛ سَواءٌ عَتَقَتْ أَوْ ماتَتْ قبلَه . يعْنِى ، إذا وَلَدَتْ مِن زَوْجٍ أو غيرِه ، بعدَ أنْ صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ مِن سيِّدِها ؛ وسواءٌ عتَقَتْ أُمُّه قبلَ مَوْتِ السَّيِّدِ ، أو ماتَتْ فى حَياةِ السَّيِّدِ ، فإنَّ حُكْمَ الوَلَدِ حُكْمُها ؛ إنْ ماتَ سيِّدُها ، عَتَقَ معها ، ويجوزُ فيه مِنَ التَّصرُّفاتِ مايجوزُ فيها ، ويَمْتَنِعُ فيه مايمْتَنِعُ فيها . وكذا وَلَدُ المُدَبَّرَةِ لا يبْطُلُ الحُكْمُ فيه بمَوْتِ أُمِّه . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . وقال فى « الانْتِصارِ » :

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢ – ٢) فى م : « عمر » . وأخرجه عن ابن عمر البيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٠/٣٤٨ ، ٣٤٩ .

الشرح الكبير

بِثُبوتِ حُكْمِ الاسْتِيلادِ ، إلَّا أنَّ عمرَ بنَ عبدِ العزيزِ ، قال : هم عَبِيدٌ . فيَحْتَمِلُ أنَّه أراد أنَّهم لا يَثْبُتُ لهم حُكْمُ أُمِّهم ؛ لأنَّ الاسْتِيلادَ يَخْتَصُّ بها ، فيُخَصُّ بحُكْمِه ، كوَلَدِ مَن عُلِّقَ عِتْقُها بصِفَةٍ . ويَحْتَمِلُ أنَّه أراد أنَّهم عَبِيدٌ ، حُكْمُهم حكمُ أُمِّهم ، مِثلُ قولِ الجماعةِ ؛ لأنَّ الوَلَدَ يَتْبَعُ أمَّه فى الرِّقِّ والحُرِّيَّةِ ، فيَتْبَعُها فى سَبَبِه إذا كان مُتَأكِّدًا ، كولَدِ المُكاتَبَةِ والمُدَبَّرَةِ ، بل ولدُ أُمِّ الولدِ أوْلَى ؛ لأنَّ سَبَبَ العِتْقِ فيها مُسْتَقِرٌّ لا سَبِيلَ إلى إبْطالِه بحالٍ .

وإن ماتَتْ أُمُّ الولدِ قبلَ سيدِها ، لم يَبْطُلْ حُكْمُ الاسْتِيلادِ فى الوَلَدِ ، (1)ويَعْتِقُ بمَوْتِ سيدِه(1) ؛ لأنَّ السَّبَبَ لم يَبْطُلْ ، وإنَّما لم تَثْبُتِ الحُرِّيَّةُ فيها ؛ لأنَّها لم تَبْقَ محَلًّا . وكذلك وَلَدُ المُدَبَّرَةِ ، لا يَبْطُلُ الحُكْمُ فيه بمَوْتِ أمِّه . وأمَّا وَلَدُ المُكاتَبَةِ إذا ماتَتْ ، فإنَّه يَعُودُ رَقِيقًا ؛ (2)لأنَّ العَقْدَ بَطَلَ(2)

الإنصاف

هل يَبْطُلُ عِتْقُ المُدَبَّرِ وأُمِّ الوَلَدِ بمَوْتِهما قبلَ السَّيِّدِ ، أمْ لا ؛ لأنَّه لا مالَ لهما ؟ اخْتلَفَ كلامُه فيه ، ويظْهَرُ الحُكْمُ فى وَلَدِهما . وقال فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والثلاثِين » ، على القَوْلِ بأنَّ وَلَدَ المُدَبَّرَةِ يتْبَعُها . قال الأكْثَرون : يكونُ مُدَبَّرًا بنَفْسِه ، لا بطَرِيقِ التَّبَعِ . وقد نَصَّ على أنَّ الأُمَّ لو عتَقَتْ فى حياةِ السَّيِّدِ ، لم يَعْتِقِ الوَلَدُ حتى تَموتَ . فعلى هذا ، لو رجَع فى تَدْبيرِ الأُمِّ ، وقُلْنا : له ذلك . بَقِىَ الوَلَدُ مُدَبَّرًا . وهذا قَوْلُ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ . وقال أبو بَكْرٍ : هو تابعٌ مَحْضٌ ؛ إنْ عتَقَتْ عتَقَ ، وإنْ رَقَّتْ رَقَّ . وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ أبِى مُوسى . انتهى . وتقدَّم

(1 - 1) فى م : « وتعتق بموت سيدها » .

(2 - 2) سقط من : م .

الشرح الكبير

بمَوْتِها ، فلم يَبْقَ حُكْمُه فيه . وفى ذلك اخْتِلافٌ ذَكَرْناه فى بَابِه . فإن أعْتَقَ السَّيِّدُ أُمَّ الوَلدِ أو المُدَبَّرَةَ ، لم يَعْتِقْ وَلَدُها ؛ لأنَّها عَتَقَتْ بغيرِ السَّببِ الذى تَبِعَها فيه ، ويَبْقَى عِتْقُه مَوْقُوفًا على مَوْتِ سيدِه . وكذلك إنْ أعْتَقَ وَلَدَهما ، لم يَعْتِقا بعِتْقِه . وإن أعْتَقَ المُكاتَبَةَ ، فقد قال أحمدُ ، وسفيانُ ، وإسحاقُ : المُكَاتَبَةُ إذا أدَّتْ أو أُعْتِقَتْ عَتَقَ وَلَدُها ، وأُمُّ الوَلَدِ والمُدَبَّرَةُ ، إذا أُعْتِقَتْ لم يَعْتِقْ وَلَدُها حتى يَمُوتَ السَّيِّدُ . فظاهِرُ هذا أنَّ وَلَدَ المكاتَبَةِ إذا أعْتَقَها سَيدُها ، أنَّه يَتْبَعُها فى العِتْقِ ؛ لأنَّه فى حُكْمِ مالِها ، تَسْتَحِقُّ كَسْبَه ، فيَتْبَعُها فى العِتْقِ ، كمالِها ، ولأنَّ إعْتاقَها يَمْنَعُ أداءَها بِسَبَبٍ مِن السَّيِّدِ ، فأشْبَهَ ما لو أبْرَأها مِن مالِ الكِتابَةِ .

فصل : فأمَّا ولدُ أُمِّ الولَدِ قبلَ اسْتِيلادِها ، وولدُ المُدَبَّرَةِ قبلَ تَدْبيرِها ، وولَدُ المُكاتَبَةِ قبلَ كِتابَتِها ، فلا يَتْبَعُها ؛ لوُجودِه قبلَ انْعِقادِ السَّبَبِ فيها ، وزوالِ حُكْمِ التَّبَعِيَّةِ عنه قبلَ تحقُّقِ السَّبَبِ فى أمِّه . ولهذا لا يَتْبَعُها فى العِتْقِ

الإنصاف

ذلك فى بابِ المُدَبَّرِ ، عندَ قوْلِه : وما وَلَدَتِ المُدَبَّرَةُ بعدَ تَدْبيرِها ، فهو بمَنْزِلَتِها . أمَّا وَلَدُ المُكاتَبَةِ إذا ماتَتْ ، فإنَّه يَعُودُ رَقِيقًا .

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : ثم إنْ وَلَدَتْ . أنَّ الوَلَدَ لو كان مَوْجُودًا قبلَ إيلادِها مِن سيِّدِها ، لا يَعْتِقُ بمَوْتِ السَّيِّدِ . وهو صحيحٌ . وهو المذهبُ . قال فى « الفُروعِ » : لا يَعْتِقُ على الأصحِّ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . وعنه ، يَعْتِقُ . خرَّجَها المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ مِن وَلَدِ المُدَبَّرَةِ الذى كان قبلَ التَّدْبيرِ ، على ما تقدَّم فى بابِه .

المقنع

وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ ، فَهَلْ تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ لِمُدَّةِ حَمْلِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . [٢٠٠و]

الشرح الكبير

المُنْجزِ ، ففى السَّببِ أوْلَى . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ فى وَلَدِ المُدَبَّرَةِ قبلَ التَّدْبيرِ رِوايَتَيْن ، فيُخَرَّجُ هٰهُنا مثلُه . [٧٤/٦ و] وهذا بَعِيدٌ ؛ لأنَّ الولدَ المُنْفَصِلَ لا يَتْبَعُها فى عِتْقٍ ، ولا بَيْعٍ ، ولا هِبَةٍ ، ولا فى شيءٍ مِن الأحْكامِ ، سِوَى الإِسلامِ بشَرْطِ كَوْنِه صغيرًا ، فكيفَ يَتْبَعُ فى التَّدْبيرِ ! ولأنَّه لا نَصَّ فيه ، ولا قِياسَ يَقْتَضِيه ، فيَبْقَى بحالِه .

٣٠٤٧ – مسألة : (وإن مات سيدُها وهى حامِلٌ منه ، فهل تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ لمدَّةِ حَمْلِها ؟ على رِوايَتَيْن) هذا يُشْبِهُ ما إذا مات عن امرأةٍ حامِلٍ ، هل تَسْتَحِقُّ النَّفقةَ لمدَّةِ حَمْلِها ؟ على رِوايَتَيْن . ومَبْنَى الخِلافِ على الخِلافِ فى نفقةِ الحامِلِ ، هل هى للحَمْلِ أو للحَامِلِ ؟ فإن قُلْنا : هى للحَمْلِ . فلا نَفَقَةَ لها ، ولا للأمَةِ الحامِلِ ؛ لأنَّ الحَمْلَ له نَصِيبٌ فى

الإنصاف

قوله : وإنْ ماتَ سيِّدُها وهى حاملٌ منه ، فهل تسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ لمُدَّةِ حَمْلِها ؟ على رِوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم ؛ إحْداهما ، تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : لها النَّفَقَةُ على أصحِّ الرِّوايتَيْن . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا تَسْتَحِقُّها . هذا يُشْبِهُ ما إذا ماتَ عن امْرأَةٍ حامِلٍ ، هل تسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ لمُدَّةِ حَمْلِها ؟ على رِوايتَيْن . ومَبْنَى الخِلافِ على الخِلافِ فى نفَقَةِ الحامِلِ ، هل هى للحَمْلِ ، أو للحامِلِ ؟ فإنْ قُلْنا : هى للحَمْلِ .

المقنع

وَإِذَا جَنَتْ أُمُّ الْوَلَدِ ، فَدَاهَا سَيِّدُهَا بِقِيمَتِهَا أَوْ دُونِهَا . وَعَنْهُ ، عَلَيْهِ فِدَاؤُهَا بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ كُلِّهِ .

الشرح الكبير

المِيرَاثِ ، فتجبُ نفقتُه فى نَصِيبه ، لا فى أنْصباءِ شُركائه . وإن قُلْنا : للحامِلِ . فالنَّفَقةُ على الزَّوْجِ والسَّيِّدِ ؛ لأنَّهما (١شَغَلاها بحَمْلِها١) ، فكانَ عِوضُ ذلك عليهما ، كما لو اسْتأْجَرا دارًا كانَتْ أُجْرَتُها عليهما .

٣٠٤٨ – مسألة : (وإذا جَنَتْ أُمُّ الوَلَدِ ، فَدَاها سيدُها بقِيمَتِها أو دُونِها . وعنه ، يَفْدِيها بأَرْشِ الجنايَةِ كُلِّه) إذا جَنَتْ أُمُّ الوَلَدِ تَعَلَّقَ أَرْشُ جِنايَتِها برقَبَتِها ، وعلى السَّيِّدِ أن يَفْدِيَها بأقلِّ الأمْرين مِن قيمَتِها أو دُونِها . وبهذا قال الشافعيُّ . وحكى أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ قَوْلًا آخرَ ، أنه يَفْدِيها بأَرْشِ جنايتِها بالِغَةً ما بَلَغتْ ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْها فى الجِنايَةِ ، فلَزِمَه أَرْشُ جِنايَتِها بالِغَةً ما بَلَغتْ ، كالقِنِّ . وقال أبو ثَوْرٍ ، وأهلُ الظاهِرِ : ليس عليه

الإنصاف

فلا نفَقَةَ لها ، ولا للأَمَةِ الحامِلِ ؛ لأنَّ الحَمْلَ له نَصِيبٌ فى المِيراثِ ، وإنْ قُلْنا : للحامِلِ . فالنَّفَقةُ على الزَّوْجِ ، أو السَّيِّدِ . انتهى . قلتُ : ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى كتابِ النَّفَقاتِ ، هل تجبُ النَّفَقةُ لحَمْلِها ، أو لها مِن أجْلِه ؟ على روايتَيْن . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّها تجبُ للحَمْلِ .

قوله : وإذا جَنَتْ أُمُّ الوَلَدِ ، فَداها سَيِّدُها بقِيمَتِها أَوْ دُونِها . يعْنِى ، إذا كان ذلك قَدْرَ أَرْشِ جنايَتِها . وهذا المذهبُ . قال الزَّرْكَشِىُّ ، وابنُ مُنَجَّى : هذا المذهبُ . وجزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ،

(١ – ١) فى الأصل : « شغلاهما بحملهما » .

الشرح الكبير

فِداؤُها ، وجنَايَتُها فى ذِمَّتِها ، تُتْبَعُ بها[1] إذا عَتَقَتْ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ بَيْعَها ، فلم يكنْ عليه فِداؤُها ، كالحُرَّةِ . ولَنا ، أنَّها مَمْلُوكَةٌ له ، يَمْلِكُ كَسْبَها ، لم يُسَلِّمْها ، فلَزِمَه أَرْشُ جِنايَتِها ، كالقِنِّ ، ولا تَلْزَمُه زِيادَةٌ على قِيمَتِها ؛ لأنَّه لم يَمْتَنِعْ مِن تَسْلِيمِها ، وإنَّما الشَّرْعُ مَنَعَ مِن[2] ذلك ؛ لكَوْنِها لم تَبْقَ مَحَلًّا للبَيْعِ ، ولا لِنَقْلِ المِلْكِ فيها . وأمَّا القِنُّ إذا لم يُسَلِّمْها ، قلْنا[3] : فيه مَنْعٌ . وإن سُلِّمَ ، فلأنَّ القِنَّ أَمْكَنَ أن يُسَلِّمَها للبَيْعِ ، فرُبَّما زاد فيها رَاغِبٌ أكثرَ مِن قِيمَتِها ، فإذا امْتَنَعَ مالِكُها مِن تَسْلِيمِها أوْجَبْنا عليه الأَرْشَ بكَمالِه ، بخِلافِ أُمِّ الوَلَدِ ، فإنَّ ذلك لا يَحْتَمِلُ فيها ؛ لأنَّها[4] لا يجوزُ بَيْعُها ، فلم يَكُنْ عليه أكْثَرُ مِن قِيمَتِها .

فصل : فإن ماتَتْ قبلَ فِدائِها فلا شيءَ على سيدِها ؛ لأنَّه لم يَتَعَلَّقْ بذِمَّته شيءٌ ، وإنَّما تَعَلَّقَ برَقَبتِها ، فإذا ماتَتْ سَقَطَ الحقُّ ؛ لتَلَفِ مُتَعَلَّقِه . وإن نَقَصَتْ قِيمَتُها قبلَ فِدائِها وجَبَ فِداؤُها بقِيمَتِها يومَ الفِداءِ ؛ لأنَّها لو تَلِفَتْ جَمِيعُها لسَقَطَ الفِداءُ ، فيَجِبُ أن يَسْقُطَ بعضُه بتَلَفِ بعضِها ، وإن زادَتْ

الإنصاف

و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وعنه ، عليه فِداؤُها بأَرْشِ الجِنايَةِ كلِّه . حكَاها أبو بَكْرٍ . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » .

---

(١) فى الأصل : « به » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « فلنا » .

(٤) فى م : « لأنه » .

الشرح الكبير

قِيمَتُها زاد فِداؤُها ؛ لأنَّ مُتَعَلَّقَ الحقِّ زاد ، فزاد الفِداءُ بزيادَتِه ، كالقِنِّ . ويَنْبَغِى أن تَجِبَ قِيمَتُها مَعِيبةً بعَيْبِ الاسْتِيلادِ ؛ لأنَّ ذلك يَنْقُصُها ، فاعْتُبِرَ ، كالمَرَضِ وغيرِه مِن العُيوبِ ، ولأنَّ الواجبَ قِيمَتُها فى حالِ فِدائِها ، وقِيمَتُها ناقِصَةٌ عن قِيمَةِ غيرِ[1] أُمِّ الولَدِ ، فيَجِبُ أن يَنْقُصَ فِداؤُها ، وأن يكونَ مُقَدَّرًا بقِيمَتِها فى حالِ كَوْنِها [٧٤/٦ ظ] أُمَّ ولدٍ . والحُكْمُ فى المُدَبَّرَةِ كالحُكْمِ فى أُمِّ الوَلَدِ ، إنْ قُلْنا : لا يجوزُ بَيْعُها . وإن قُلْنا : يجوزُ بَيْعُها . فيُمْكِنُ تَسْلِيمُها للبَيْعِ إنِ اخْتارَ سيدُها . فإنِ امْتَنَعَ منه ، فهل يَفْدِيها بقِيمَتِها أو أَرْشِ الجِنايَةِ [2]بالِغًا ما بَلَغَ[2] ؟ يُخَرَّجُ على رِوايَتَيْن .

فصل : فإن كَسَبَتْ بعدَ جِنايَتِها شيئًا فهو لسيدِها ؛ لأنَّ المِلْكَ ثابتٌ له دُونَ المَجْنِىِّ عليه . وكذلك وَلَدُها ؛ لأنه مُنْفَصِلٌ عنها ، فأَشْبَهَ الكَسْبَ . وإن فَداها فى حالِ حَمْلِها فعليه قِيمَتُها حامِلًا ؛ لأنَّ الولَدَ مُتَّصِلٌ بها ، أشْبَهَ سِمَنَها . وإن أتْلَفَها سيدُها فعليه قِيمَتُها ؛ لأنَّه أتْلَفَ حَقَّ غيرِه ، أشْبَهَ إتْلافَ الرَّهْنِ . وإنْ نَقَصَها فعليه نَقْصُها ؛ لأنه لمَّا ضَمِنَ العَيْنَ ضَمِنَ أجْزاءَها .

الإنصاف

وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » . فعلى المذهبِ ، يَفْدِيها بقِيمَتِها يومَ الفِداءِ . قالَه الأصحابُ ، وتجِبُ قِيمَتُها مَعِيبَةً بعَيْبِ الاسْتِيلادِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فى م : « بالغة ما بلغت » .

المقنع

وَإِنْ عَادَتْ فَجَنَتْ ، فَدَاهَا أَيْضًا . وَعَنْهُ ، يَتَعَلَّقُ ذَلِكَ بِذِمَّتِهَا .

الشرح الكبير

٣٠٤٩ – مسألة : (فإن عادَتْ فجَنَتْ ، فَدَاهَا أيضًا . وعنه ، يَتَعَلَّقُ ذلك بذِمَّتِها) فأمَّا إن جَنَتْ جناياتٍ ، فإن كانتِ الجِناياتُ كُلُّها قبلَ فداءِ شيءٍ منها ، تَعَلَّقَ أَرْشُ الجميعِ برقَبَتِها ، ولم يَكُنْ عليه فيها كُلِّها إلَّا قِيمَتُها ، أو[1] أَرْشُ جَمِيعِها ، وعليه الأقلُّ منهما[2] ، ويشْتَرِكُ المَجْنِيُّ عليهم في الواجِبِ لهم ، فإن لم يَفِ بها تحاصُّوا فيها بقَدْرِ أُرُوشِ جناياتِهم . وإن كانتِ الجِنايةُ الثانيةُ بعدَ فِدائِه مِن الأُولَى ، فعليه فِداؤُها مِن التى بَعْدَها ، كالأُولَى . وحَكَى أبو الخَطَّابِ رِوايَةً ثانيةً عن أحمدَ ، أنَّه إذا فَداها بقِيمَتِها مَرَّةً لم يَلْزَمْه فِداؤُها بعدَ ذلك ؛ لأنَّها جانِيَةٌ ، فلم يَلْزَمْه أكثرُ مِن قِيمَتِها ، كما لو لم يَكُنْ فَدَاها . وقال الشافعيُّ في أحَدِ قَوْلَيْه : لا يَضْمَنُها

الإنصاف

قوله : وإنْ عادَتْ فجَنَتْ ، فَداها أَيْضًا . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا المَشْهورُ مِنَ الرِّوايتَيْن ، والمُخْتارُ لعامَّةِ الأصحابِ ؛ أبِى بَكْرٍ ، والقاضى ، وأصحابِه ، والمُصَنِّفِ ، وغيرِهم ، حتى قال أبو بَكْرٍ : ولو جَنَتْ ألْفَ مرَّةٍ . وقطَع به الخِرَقِيُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه في « الهِدايَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا المذهبُ . وعنه ، يتَعلَّقُ الفِداءُ الثَّانى وما بعدَه بذِمَّتِها . حكاها أبو الخَطَّابِ . وقدَّمه في « المُسْتَوْعِبِ » ،

---

(١) في الأصل : « و » .
(٢) في الأصل : « منها » .

الشرح الكبير

ثانيًا ، ويشارِكُ الثانِى الأوَّلَ فيما أخذَه ، كما لو كانتِ الجناياتُ[1] قبلَ فدائِها . ولَنا ، أنَّها أُمُّ ولدٍ جَانِيةٌ ، فلَزِمَه فِداؤُها ، كالأُولَى ، ولأنَّ ما أخذَه الأوَّلُ عِوَضُ جنايَتِه[2] ، أخذَه بحَقٍّ ، فلم يَجُزْ أن يُشارِكَه غيرُه فيه ، كأَرْشِ جنايَةِ الحُرِّ أو الرَّقِيقِ القِنِّ . وفارَقَ ما قبلَ الفِداءِ ؛ لأنَّ أَرْشَ الجناياتِ تَعَلَّقَ برَقَبتِها فى وَقْتٍ واحدٍ ، فلم يَلْزَمِ السَّيِّدَ أكْثرُ مِن قِيمَةٍ واحِدَةٍ ، كما لو كانتِ الجِناياتُ على واحدٍ .

فصل : فإن أبْرَأ بعضُهم مِن حَقِّه ، تَوَفَّرَ الواجِبُ على الباقِينَ ، إذا كانت كُلُّها قبلَ الفِداءِ ، وإن كانَتِ [الجناية][3] المَعْفوُّ عنها بعدَ فِدائِه ، تَوَفَّرَ أَرْشُها على سيدِها .

الإنصاف

و « التَّرْغيبِ » . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » . وقال فى « الفائقِ » : قلتُ : المُخْتارُ عدَمُ إلْزامِه [٣/١٥٥و] جنايتَها . فعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ ، قال فى « الرِّعايَةِ » : قلتُ : يرْجِعُ الثَّانى على الأَوَّلِ بما يخُصُّه ممَّا أخذَه .

تنبيه : أطْلَقَ المُصَنِّفُ هذه الرِّوايَةَ . وكذا أطْلَقَها أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، والمُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، والمَجْدُ فى « المُحَرَّرِ » ، وغيرُهم . وقيَّدَها القاضى فى كتاب « الرِّوايتَيْن » ، والمُصَنِّفُ ، و « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ، حاكِينَ ذلك عن أبِى الخَطَّابِ ، وابنِ حَمْدانَ فى « رِعايَتَيْه » بما إذا فداها أوَّلًا بقِيمَتِها . قال الزَّرْكَشِىُّ : ومُقْتَضَى ذلك ، أنَّه لو فداها أوَّلًا بأقَلَّ مِن قِيمَتِها ، لَزِمَه فِداؤُها ثانيًا

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « جانية » .

(٣) زيادة من المغنى ١٤/٦٠٥ .

الشرح الكبير

فصل : وللسيدِ تَزْوِيجُها وإن كَرِهَتْ[1] . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وهو أحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ، واخْتيارُ المُزَنِىِّ . وقال فى القديمِ : ليس له تَزْوِيجُها [2]إلَّا بِرِضَاها ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ لها حكمُ الحُرِّيَّةِ على وَجْهٍ لا يَمْلِكُ السَّيِّدُ إبْطالَها ، فلم يَمْلِكْ تَزْوِيجَها[2] بغيرِ رِضَاها ، كالمُكاتَبةِ . وقال فى الثَّالِثِ : ليس له تَزْوِيجُها وإن رَضِيَتْ ؛ لأنَّ مِلْكَه فيها قد ضَعُفَ ، وهى لم تَكْمُلْ ، فلم يَمْلِكْ تَزْوِيجَها ، كاليَتِيمَةِ . وهل يُزَوِّجُها الحاكِمُ على هذا القَوْلِ ؟ فيه خِلافٌ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه قِيلَ له[3] : إنَّ مالِكًا لا يَرَى تَزْوِيجَها . فقال : وما يَصْنَعُ مالِكٌ ! هذا ابنُ عمرَ ، وابنُ عباسٍ ، يقولان : إذا وَلَدَتْ مِن غيرِه كان لوَلَدِها حُكْمُها[4] ولَنا ، أنَّها أمَةٌ يَمْلِكُ الاسْتِمْتاعَ [٦/٧٥ و] بها[5] واسْتِخْدامَها ، فمَلَكَ تَزْوِيجَها ، كالقِنِّ ،

الإنصاف

بما بَقِىَ مِنَ القِيمَةِ ، بلا خِلافٍ .

فائدة : قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وإنْ جَنَتْ جِناياتٍ ، وكانتْ كلُّها قبلَ فِداءِ شىءٍ منها ، تعَلَّقَ أرْشُ الجميعِ برَقَبَتِها ، ولم يكُنْ على السَّيِّدِ فى الجِنايَاتِ كلِّها إلَّا قِيمَتُها ، أو أرْشُ جَمِيعِها ، وعليه الأقَلُّ منهما . ويشْتَرِكُ المَجْنِىُّ عليهم فى الواجِبِ لهم ، فإنْ لم يَفِ بها ، تَحاصُّوا فيها بقَدْرِ أُرُوشِ جِنايَاتِهم .

---

(١) فى الأصل : « أكرهت » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) تقدم تخريجه عن ابن عمر فى صفحة ٤٤٢ .

(٥) فى م : « منها » .

المقنع

وَإِنْ قَتَلَتْ سَيِّدَهَا عَمْدًا فَعَلَيْهَا الْقِصَاصُ ، وَإِنْ عَفَوْا عَلَى مَالٍ ، أَوْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ خَطَأً ، فَعَلَيْهَا قِيمَةُ نَفْسِهَا ، وَتَعْتِقُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ .

الشرح الكبير

وفارَقَ المُكاتَبَةَ ، فإنَّه لا يَمْلِكُ ذلك منها . والقَوْلُ الثالثُ فاسِدٌ ؛ لذلك ، ولأنَّه يُفْضِى إلى مَنْعِ النِّكاحِ لامْرَأةٍ بالِغَةٍ مُحْتاجَةٍ إليه . وقولُهم : يُزَوِّجُها الحاكِمُ . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ الحاكِمَ لا يزوِّجُ إلَّا عندَ عَدَمِ الوَلِىِّ أو غَيْبَتِه أو عَضْلِه ، ولم يُوجَدْ واحِدٌ منها . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إذا زَوَّجَها فالمَهْرُ له ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ كَسْبِها ، وكَسْبُها له .

٣٠٥٠ - مسألة : (وإن قَتَلَتْ سيدَها عَمْدًا فعليها القِصاصُ ، وإن عَفَوْا على مالٍ ، أو كانتِ الجِنايَةُ خَطَأً ، فعليها قِيمَةُ نَفْسِها ، وتَعْتِقُ فى المَوْضِعَيْن) إذا قَتَلَتْ أُمُّ الوَلَدِ سيدَها عَمْدًا ، فعليها القِصاصُ لوَرَثَةِ سيدِها ، إن لم يَكُنْ له منها وَلَدٌ ، كما لو لم تكُنْ أُمَّ وَلَدٍ . وإن كان له منها وَلَدٌ ، وهو الوارِثُ وَحْدَه ، لم يَجِبْ عليها القِصاصُ ؛ لأنَّه لو وَجَبَ لوَجَبَ

الإنصاف

تنبيه : قوْلُه : وإنْ قَتَلَتْ سَيِّدَها عَمْدًا ، فعليها القِصاصُ . مقيَّدٌ بما إذا لم يكُنْ لها منه وَلَدٌ ، فإنْ كانَ لها منه وَلَدٌ ، لم يجبِ القِصاصُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقد صرَّحُوا به فى بابِ شُروطِ القِصاصِ بقَوْلِهم : ومتى وَرِثَ وَلَدُه القِصاصَ أو شيئًا منه ، سقَط القِصاصُ ، فلو قتَل امْرأَتَه ، وله منها وَلَدٌ ، سقَط عنه القِصاصُ . ونقَل مُهَنَّا ، يقْتُلُها أوْلادُه مِن غيرِها . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهى مُخالِفَةٌ لأُصولِ مذهبِه . والصَّحيحُ ، لا قِصاصَ عليها . قال فى « الرِّعايَةِ » :

الشرح الكبير

لوَلَدِها ، ولا يَجبُ للوَلَدِ على أمِّه قِصاصٌ . وقد تَوَقَّفَ أحمدُ عن هذه المسألَةِ فى رِوايَةِ مُهَنَّا ، وقال : دَعْنا مِن هذه المسائِلِ . وقياسُ مَذْهَبِه ما ذَكَرْناه . وإن كان مع ولَدِه منها أوْلادٌ له مِن غيرِها ، لم يَجبِ القِصاصُ أيضًا ؛ لأنَّ حَقَّ وَلَدِها مِن القِصاصِ يَسْقُطُ ، فيَسْقُطُ كلُّه . ونَقَلَ مُهَنَّا عن أحمدَ ، أنَّه يَقْتُلُها أولادُه مِن غيرِها . وهذه الرِّوايَةُ تُخالِفُ أُصُولَ مَذْهَبِه . والصَّحِيحُ أنَّه لا قِصاصَ عليها . وإذا لم يَجبِ القِصاصُ ، فعليها قِيمَةُ نَفْسِها . وهذا قولُ أبى يوسفَ . وقال الشافعىُّ : عليها الدِّيَةُ ؛ لأنَّها تَصِيرُ حُرَّةً ، ولذلك لَزِمَها مُوجَبُ جِنايَتِها ، والواجِبُ على الحُرِّ بقَتْلِ

الإنصاف

ولوَلِيِّه ، مع فَقْدِ ابْنِهما ، القَوَدُ . وقيل : مُطْلَقًا .

قوله : فإنْ عَفَوْا على مالٍ ، أوْ كانتِ الجِنايَةُ خَطَأً ، فعليها قِيمَةُ نَفْسِها . هذا إحْدَى الرِّوايتَيْن . وهو قولُ الخِرَقِىِّ ، والمُصَنِّفِ ، فى كُتُبِه ، والقاضى ، وجماعةٍ مِن أصحابِه . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يلْزَمُها الأقَلُّ مِن قِيمَتِها أو دِيَتِه . نصَّ عليه . وجزَم به فى «الهِدايَةِ»، و «المُذْهَبِ»، و «مَسْبوكِ الذَّهَبِ»، و «المُسْتَوْعِبِ»، و « الخُلاصَةِ »، و « المُحَرَّرِ »، و « النَّظْمِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و «الوَجيزِ»، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ »، وغيرِهم . وقدَّمه فى «الفُروعِ» . قال ناظِمُ المُفْرَداتِ :

إنْ قتَلَتْ فى الحُكْمِ أُمُّ الوَلَدِ سيِّدَها فى خطَأٍ للرَّشَدِ
أو كان عَمْدًا فعَفَوْا للمالِ قِيمَتُها تَلْزَمُ فى المَقالِ
أو دِيَةٌ ، فأنْقَصُ الأمْرَيْنِ يَلْزَمُها إذْ ذاكَ فى الحالَيْنِ

قال الزَّرْكَشِىُّ : ولعَلَّ إطْلاقَ الأوَّلِين مَحْمولٌ على الغالِبِ ؛ إذِ الغالِبُ أنَّ قِيمَةَ الأَمَةِ

الشرح الكبير

الحُرِّ دِيَتُه . ولَنا ، أنَّها جِنايَةٌ مِن أُمِّ وَلَدٍ ، فلم يَجِبْ بها أكثرُ مِن قيمتِها ، كما لو جنتْ[1] على أجْنَبِىٍّ ، ولأنَّ اعْتِبارَ الجِنايَةِ فى حَقِّ الجانِى بحالِ الجِنايَةِ ، بدليلِ ما لو جَنَى عَبْدٌ فأعْتَقَه سيدُه ، وهى فى حالِ الجِنايَةِ أمَةٌ ، فإنَّها إنَّما عَتَقَتْ بالمَوْتِ الحاصِلِ بالجِنايَةِ ، فيكونُ عليها فِداءُ نَفْسِها بقِيمَتِها ، كما يفْدِيها سيدُها إذا قَتَلَتْ غَيْرَه[2] ، ولأنَّها ناقِصَةٌ بالرِّقِّ ، أشْبَهَتِ القِنَّ ، وتُفارِقُ الحُرَّ ؛ فإنَّه جَنَى وهو كاملٌ ، وإنَّما تَعَلَّقَ مُوجَبُ الجِنايَةِ بها ؛ لأنَّها فوَّتَتْ رِقَّها بقَتْلِها سيدَها ، فأشْبَهَ ما لو فَوَّتَ المُكاتَبُ الجانِى رِقَّه بأدائِه .

الإنصاف

لا تزيدُ على دِيَةِ الحُرِّ . انتهى . قال الأصحابُ : سواءٌ قُلْنا : الدِّيَةُ تحْدُثُ على مِلكِ الورَثَةِ ، أوْ لا . وفى « الرَّوْضَةِ » : دِيَةُ الخطأ على عاقِلَتِها ؛ لأنَّ عندَ آخِرِ جُزْءٍ ماتَ مِنَ السَّيِّدِ عتقَتْ ، ووَجَبَ الضَّمانُ .

فائدة : وكذا إنْ قتَلَتْه المُدَبَّرَةُ ، وقُلْنا : تَعْتِقُ . على ما تقدَّم فى آخِرِ بابِ المُدَبَّرِ .

قوله : وتَعْتِقُ فى المَوْضِعَيْن . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال الزَّرْكَشِىُّ فيما علَّلُوه : به نظرٌ ؛ لأنَّ الاستِيلادَ كما أنَّه سبَبٌ للعِتْقِ بعدَ المَوْتِ ، كذلك النَّسَبُ سبَبٌ للإرْثِ ، فكما جازَ تخَلُّفُ الإرْثِ مع قِيامِ السَّبَبِ بالنَّصِّ ، فكذلك يَنْبَغِى أنْ يتَخلَّفَ العِتْقُ مع قِيامِ سبَبِه ؛ لأنَّه مثلُه . وقد قيلَ فى وَجْهِ الفَرْقِ : إنَّ الحَقَّ - وهو الحُرِّيَّةُ - لغيرِها ، فلا تسْقُطُ بفِعْلِها ، بخِلافِ الإرْثِ ، فإنَّه مَحْضُ حقِّها . وأُورِدَ عليه المُدَبَّرَةُ ، يبْطُلُ تَدْبيرُها إذا قَتَلَتْ سيِّدَها ، وإنْ كان الحَقُّ لغيرِها ،

---

(1) فى م : « وجب » .
(2) فى م : « غيرها » .

المقنع

وَلَا حَدَّ عَلَى قَاذِفِهَا . وَعَنْهُ ، عَلَيْهِ الْحَدُّ .

الشرح الكبير

٣٠٥١ – مسألة : (ولا حَدَّ على قَاذِفِها . وعنه ، عليه الحَدُّ) والأوَّلُ قَوْلُ أكثرِ أهلِ العلمِ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّ عليه الحَدَّ ؛ لأنَّ ذلك يُرْوَى عن ابنِ عمرَ[1] . ولأنَّ قَذْفَها قَذْفٌ لوَلَدِها الحُرِّ ، وفيها مَعْنًى مَنَعَ بَيْعَها ، أشْبَهَتِ الحُرَّةَ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّها أمَةٌ ، حكمُها حكمُ الإماءِ فى أكثرِ أحكامِها ، ففى الحَدِّ أوْلَى ؛ [2]لأنَّ الحُدودَ تُدْرَأُ[2] بالشُّبُهاتِ ، ويُحْتاطُ لإسْقَاطِها ، و[3] لأنها أمَةٌ تَعْتِقُ بالموتِ ، أشْبَهَتِ المُدَبَّرَةَ ، وتُفارِقُ الحُرَّةَ ، فإنَّها كامِلَةٌ .

فصل : ولا يَجِبُ القِصاصُ على الحُرَّةِ [٦/٧٥ ظ] بقَتْلِها ؛ لعَدَمِ المكافأةِ . فإن كان القاتِلُ لها[4] رَقِيقًا ، وجَبَ القِصاصُ عليه[3] ؛ لأنَّها أكْمَلُ منه . وإن جَنَتْ على عبدٍ أو أمَةٍ جنايَةً فيها القِصاصُ ، لَزِمَها القِصاصُ ؛ لأنها أمَةٌ ، أحْكامُها أحْكامُ الإماءِ ، واسْتِحْقاقُها العِتْقَ لا يَمْنَعُ القِصاصَ ، كالمُدَبَّرَةِ .

الإنصاف

وأُجِيبَ بضَعْفِ السَّبَبِ فى المُدَبَّرَةِ .

قوله : ولا حَدَّ على قاذِفِها . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه . وعنه ، عليه الحَدُّ . وعنه ، عليه الحَدُّ إنْ كان لها ابنٌ ؛ لأنَّه أرادَه . قال الزَّرْكَشِىُّ :

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٧/٤٣٩ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٩/٥٠٧ .

(٢ – ٢) فى الأصل : « لأنه يدرأ » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : م .

المقنع

فَصْلٌ : إِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ الْكَافِرِ ، أَوْ مُدَبَّرَتُهُ ، مُنِعَ مِنْ غِشْيانِها ، وَحِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، وَأُجْبِرَ عَلَى نَفقَتِهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا كَسْبٌ ، فَإِنْ أَسْلَمَ حَلَّتْ لَهُ ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ عَتَقَتْ . وَعَنْهُ ، أَنَّهَا تُسْتَسْعَى فِي حَيَاتِهِ ، وَتَعْتِقُ .

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخُ ، رَضِيَ اللهُ عنه : (وإذا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ الكافِرِ ، أو مُدَبَّرَتُه ، مُنِعَ مِن غِشْيانِها ، وحِيلَ بَيْنَه وبَيْنَها ، وأُجْبِرَ على نَفَقَتِها إن لم يَكُنْ لها كَسْبٌ . (١وإن أَسْلَمَ ، حَلَّتْ له١) . وإن مات قبلَ ذلك عَتَقَتْ . وعنه ، أَنَّها تُسْتَسْعَى فى حياتِه ، وتَعْتِقُ) يَصِحُّ اسْتِيلادُ الكافِرِ لأَمَتِه ، كما يَصِحُّ منه عِتْقُها . وإذا اسْتَوْلَدَ أَمَتَه ثم أَسْلَمَتْ، لم تَعْتِقْ فى الحالِ . وبه قال الشافعىُّ . وقال مالكٌ : تَعْتِقُ ؛ إذْ لا سَبِيلَ إلى بَيْعِها ، ولا إلى

الإنصاف

ويَنْبَغِى إجْراءُ الرِّوايتَيْن فيما إذا كان لها زَوْجٌ حُرٌّ ، وكذلك يَنْبَغِى إجْراؤُهما فى الأَمَةِ القِنِّ . ونظِيرُ ذلك ، لو قذَف أَمَةً ، أو ذِمِّيَّةً لها ابنٌ أو زَوْجٌ مُسْلِمان ، فهل يُحَدُّ ؟ على رِوايتَيْن . ذكَرَهما المَجْدُ وغيرُه . ويَنْبَغِى أَنْ يُقَيَّدَ الابنُ والزَّوْجُ بأَنْ يكُونا حُرَّيْن . انتهى .

قوله : وإذا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ الكافِرِ ، أَوْ مُدَبَّرَتُه ، مُنِعَ مِن غِشْيَانِها ، وحِيلَ بينه وبينَها . بلا نِزاعٍ . ومُقْتَضَى ذلك ، أَنَّ مِلْكَه باقٍ عليهما ، وأَنَّهما لم يَعْتِقا . أَمَّا فى أُمِّ الوَلَدِ ، فهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو المذهبُ المُخْتارُ لأَبِى بَكْرٍ ، والقاضى ، وأَبِى الخَطَّابِ ، والشَّرِيفِ ، والشِّيرازِىِّ ،

(١ - ١) سقط من : م . وفى الأصل : « أسلمت » . وانظر المغنى ١٤/٦٠٠ ، والمبدع ٦/٣٧٦ .

الشرح الكبير

إقْرارِ مِلْكِه عليها ؛ لِما فيه من إثْباتِ مِلْكِ كافِرٍ على مُسْلِمَةٍ ، فلم يَجُزْ ، كالأَمَةِ القِنِّ . ونَقَلَ مُهَنَّا عن أحمدَ مثلَ ذلك . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّها تُسْتَسْعَى ، فإن أدَّتْ عَتَقَتْ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ فيه جَمْعًا بينَ الحَقَّيْن ، حَقِّها فى أن لا يَبْقَى مِلْكُ الكافِرِ عليها[1] ، وحَقِّه فى حُصولِ عِوَضِ مِلْكِه ، فأشْبَهَ بَيْعَها إذا لم تكُنْ أُمَّ ولدٍ . ولَنا ، أنَّه إسلامٌ طَرَأَ على مِلْكٍ ، فلم يُوجِبْ عِتْقًا ولا سِعايةً ، كالعبدِ القِنِّ . وما ذَكَرُوه مُجَرَّدُ[2] حِكْمَةٍ لم يُعْرَفْ مِن الشارِعِ اعْتبارُها ، ويُقابِلُها ضَرَرٌ ، فإنَّ فى إعْتاقِها مجَّانًا إضْرارًا بالمالِكِ ، بإزالَةِ مِلْكِه بغيرِ عِوَضٍ ، وفى الاسْتِسْعاءِ إلْزامُها[3] الكَسْبَ بغيرِ رِضاها ، وتَضِييعٌ لحقِّ سيدِها ؛ لأنَّ فيه إحالَةً على

الإنصاف

وغيرِهم . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا المذهبُ . وقدَّمه فى « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وعنه ، تَعْتِقُ فى الحالِ بمُجَرَّدِ إسْلامِها . نقَلَها مُهَنَّا . قالَه المُصَنِّفُ فى « الكافِى » . قال الزَّرْكَشِيُّ : ولا أعلمُ له سَلَفًا فى ذلك . وعنه ، أنَّها تُسْتَسْعَى [٣/١٥٥ظ] فى حَياتِه وتَعْتِقُ . نقَلَها مُهَنَّا . قالَه القاضى ، ولم يُثْبِتْها أبو بَكْرٍ ، فقال : أظُنُّ أنَّ أبا عَبْدِ اللهِ أطْلَقَ ذلك لمُهَنَّا ، على سَبِيلِ المُناظَرَةِ للوَقْتِ . وأمَّا المُدَبَّرَةُ ، فحُكْمُها حكمُ المُدَبَّرِ إذا أسْلَمَ . وقد ذكَرَه المُصَنِّفُ فى بابِ التَّدْبيرِ . وتقدَّم الكلامُ على ذلك مُسْتَوْفًى ، فلْيُراجَعْ . وظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ،

---

(١) فى م : « عليه » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل : « إلزاما » .

الشرح الكبير

سِعايةٍ لا يُدْرَى هل يَحْصُلُ منها شيءٌ أو لا ، وإن حَصَل ، فالظاهِرُ أنَّه يكونُ يَسِيرًا فى أوْقاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، وُجودُه قريبٌ مِن عَدَمِه . والأوْلَى أن يَبْقَى المِلْكُ على ما كان عليه ، ويُمْنَعَ مِن وَطْئِها والتَّلَذُّذِ بها ، كى لا يَفْعَلَ ذلك وهو مُشْرِكٌ ، ويُحالُ بينَه وبينَها ، ويُمْنَعُ الخَلْوَةَ بها ؛ لئَلَّا يُفْضِىَ إلى الوَطْءِ المُحَرَّمِ . ويُجْبَرُ على نَفَقَتِها على التَّمامِ ؛ لأنَّها مَمْلوكَتُه ، ومَنْعُه مِن وَطْئِها بغيرِ مَعْصِيَةٍ منها ، فأشْبَهَتِ الحائِضَ والمريضَةَ ، وتُسَلَّمُ إلى امْرَأةٍ ثِقَةٍ ، تكونُ عندَها ، لتَحْفَظَها وتَقُومَ بأمْرِها . وإنِ احْتاجَتْ إلى أجْرٍ أو أجْرِ مَسْكَنٍ فعلى سيدِها . وذَكَرَ القاضى ، أنَّ نَفَقَتَها فى كَسْبِها ، والفاضِلَ منه[1] لسيدِها . فإن عَجَزَ كَسْبُها عن نَفقَتِها ، فهل يَلْزَمُ سيدَها تمامُ نَفَقَتِها ؟ على رِوايَتَيْن . ونحوُ هذا مذهبُ الشافعىِّ . قال شيخُنا[2] : والصَّحِيحُ أنَّ نَفَقَتُها على سيدِها ، وكَسْبَها له ، يَصْنَعُ به ما شاء ، وعليه نَفَقَتُها على التَّمامِ ، سَواءٌ كان لها كَسْبٌ أو لم يكُنْ ؛ لأنَّها مَمْلوكَتُه ، ولم يَجْرِ بَيْنَهما عَقْدٌ يُسْقِطُ نفَقَتَها ، ولا تَمْلِكُ به كَسْبَها ، فهى كأَمَتِه القِنِّ ، أو ما قبلَ إسْلامِها ، ولأنَّ المِلْكَ سَبَبٌ لهذَيْنِ الحُكْمَين ، والحادثُ

الإنصاف

أنَّ رِوايَةَ الاسْتِسْعاءِ عائِدَةٌ إلى أُمِّ الوَلَدِ والمُدَبَّرَةِ ، والمَنْقولُ أنَّها فى أُمِّ الوَلَدِ . وحمَلَها ابنُ مُنَجَّى على ظاهِرِها ، وجعَلَها على القَوْلِ بعَدَمِ جَوازِ بَيْعِ المُدَبَّرَةِ .

قوله : وأُجْبِرَ على نَفَقَتِها ، إنْ لم يَكُنْ لها كَسْبٌ . هذا المذهبُ . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ،

---

(١) فى الأصل : « فيه » .

(٢) فى : المغنى ١٤/٦٠١ .

وَإذَا وَطِئَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْجَارِيَةَ ، فَأَوْلَدَهَا ، صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ المقنع

الشرح الكبير منهما[1] لا يَصْلُحُ مانِعًا ؛ لأنَّ الاسْتِيلادَ لا يَمْنَعُ منها ، بدليلِ ما قبلَ إسْلامِها[2] ، والإِسْلامُ لا يَمْنَعُ ، بدليلِ ما لو وُجِدَ قبلَ ولادَتِها ، واجْتماعُهما لا [٧٦/٦ و] يَمْنَعُ ؛ لأنَّه لا نَصَّ فيه ، ولا هو فى مَعْنَى المَنْصُوصِ عليه ؛ لأنَّه[3] إذا لم تَلْزَمْه نَفَقَتُها ، ولم يكُنْ لها كَسْبٌ ، أفْضَى إلى هَلاكِها وضَياعِها ، ولأنَّه يَمْلِكُ فاضِلَ كَسْبِها ، فلَزِمَه فَضْلُ نفقتِها ، كسائرِ مماليكِه .

٣٠٥٢ – مسألة : (وإذا وَطِئَ أحَدُ الشَّرِيكَيْن الجارِيَةَ وأوْلَدَها ،

الإنصاف و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقال المُصَنِّفُ : والصَّحيحُ أنَّ نفقتَها على سيِّدِها ، والكَسْبَ له ، يصْنَعُ به ماشاءَ ، وعليه نَفَقَتُها على التَّمامِ ؛ سواءٌ كان لها كَسْبٌ أو لم يكُنْ . وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، والخِرَقِىِّ . قالَه الزَّرْكَشِىُّ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وعنه ، لا تلْزَمُه نفَقَتُها بحالٍ ، وتُسْتَسْعَى فى قِيمَتِها ، ثم تَعْتِقُ . كما تقدَّم . وذكَر القاضى ، أنَّ نفقَتَها فى كَسْبِها ، والفاضِلَ منه لسَيِّدِها ؛ فإنْ عجز كَسْبُها عن نفقتِها ، فهل يلْزَمُ السَّيِّدَ تَمامُ نفقتِها ؟ على رِوايتَيْن . وتبعَ القاضىَ جماعةٌ مِنَ الأصحابِ .

قوله : وإذا وَطِئَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْن الجارِيَةَ ، فأَوْلَدَها ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له ، ووَلَدُه

---

(١) فى الأصل : « منها » .
(٢) فى الأصل : « إسلامه » .
(٣) فى الأصل : « ولا » .

المقنع لَهُ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، كَانَ فِي ذِمَّتِهِ .

الشرح الكبير صارت أُمَّ وَلَدٍ له ، ووَلَدُه حُرٌّ ، وعليه قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِه ، فإن كان مُعْسِرًا ، كان فى ذِمَّتِه) وَطْءُ الجارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ مُحَرَّمٌ ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه بينَ أهلِ العلمِ . ولا حَدَّ فيه ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . وقال أبو ثَوْرٍ : يَجِبُ عليه الحَدُّ ؛ لأنَّه وَطْءٌ مُحَرَّمٌ ، فأشْبَهَ وَطْءَ الأَمَةِ الأَجْنَبِيَّةِ . ولَنا ، أنَّه وَطْءٌ صادَفَ مِلْكَه ، فلم يَجِبْ به[1] الحَدُّ ، كوَطْءِ زَوْجَتِه الحائِضِ ، ويُفارِقُ ما لا مِلْكَ له فيها[2] ، فإنَّه لا شُبْهَةَ له فيها ، ولهذا لو سَرَقَ عينًا له فيها شِرْكٌ لم يُقْطَعْ ، ولو لم يكنْ له فيها مِلْكٌ قُطِعَ . ويَجِبُ

الإنصاف حُرٌّ ، وعليه قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِه . لا يَلْزَمُه إلَّا قِيمَةُ نَصِيبِ الشَّرِيكِ فقط . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وعنه ، يَلْزَمُه مع ذلك نِصْفُ مَهْرِها . وعنه ، يلْزَمُه مع نِصْفِ المَهْرِ نِصْفُ قِيمَةِ الوَلَدِ . وقال القاضى : إنْ وَضَعَتْه بعدَ التَّقْويمِ ، فلا شيءَ فيه ؛ لأنَّها وَضعَتْه فى مِلْكِه ، وإنْ وَضعَتْه قبلَ ذلك ، فالرِّوايَتان . واخْتارَ اللُّزومَ . قالَه الزَّرْكَشِيُّ .

قوله : وإنْ كان مُعْسِرًا ، كان فى ذِمَّتِه . هذا المذهبُ . نصَّ عليه . واخْتارَه

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « فيه » .

الشرح الكبير

عليه التَّعْزِيرُ بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لما ذَكَرْنا فى حُجَّةِ أبى ثَوْرٍ . فإن وَطِئَها ولم تَحْمِلْ منه ، فهى باقِيَةٌ على مِلْكِهما ، وعليه نِصْفُ مَهْرِ مِثْلِها ؛ لأنَّه وَطْءٌ سَقَطَ فيه الحَدُّ للشُّبْهَةِ ، فأوْجَبَ مَهْرَ المِثْلِ ، كما لو وَطِئَها يَظُنُّها امْرَأتَه . وسواءٌ طاوَعَتْه أو أكْرَهَها ؛ لأنَّ وَطْءَ جاريةِ الغيرِ يُوجِبُ المهرَ وإن طاوَعتْ ، لأنَّ المهرَ لسيدِها ، لا يَسْقُطُ بمطاوَعَتِها ، كما لو أذِنَتْ فى قَطْعِ بعضِ أعْضائِها . والوَاجِبُ عليه مِن المَهْرِ بقَدْرِ مِلْكِ الشَّريكِ فيها . فأمَّا إن أحْبَلَها ، ووَضَعَتْ ما يَتَبَيَّنُ فيه بعضُ خَلْقِ الإنْسانِ ، فإنَّها تصيرُ بذلك أُمَّ ولَدٍ للواطِئِ ، كما لو كانَتْ خالِصَةً له ، وتَخْرُجُ بذلك عن مِلْكِ الشَّريكِ ، كما[1] تخرُجُ بالإعْتاقِ ، مُوسِرًا كان الواطِئُ أو مُعْسِرًا ؛ لأنَّ الإيلادَ أقْوَى مِن الإعْتاقِ . وهذا قولُ الخِرَقِىِّ . ويَلْزَمُه نِصْفُ قِيمَتِها ؛ لأنه أخْرَجَ نِصْفَها مِن مِلْكِ الشَّرِيكِ ، فلَزِمَتْه قِيمَتُه ، كما لو أخْرَجَه بالإعْتاقِ أو الإتْلافِ ، فإن كان مُوسِرًا أدَّاه ، وإن كان مُعْسِرًا فهو فى ذِمَّتِه ، كما لو أتْلَفَها . والوَلَدُ حُرٌّ ، يَلْحَقُ نَسَبُه بوالِدِه ؛ لأنه مِن وَطْءٍ فى مَحَلٍّ له فيه

الإنصاف

الخِرَقِىُّ وغيرُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . وعندَ القاضى فى « الجامعِ الصَّغِيرِ » ، وأبى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ؛ إنْ كان مُعْسِرًا لم يَسْرِ اسْتِيلادُه ، فلا يُقَوَّمُ عليه نَصِيبُ شريكِه ، بل يصِيرُ نِصْفُها أمَّ وَلَدٍ ، ونِصْفُها قِنٌّ

---

(١) فى الأصل : « مما » .

المقنع

فَإِنْ وَطِئَهَا الثَّانِى بَعْدَ ذَلِكَ ، فَأَوْلَدَهَا ، فَعَلَيْهِ مَهْرُهَا ، فَإِنْ كَانَ عَالِمًا ، فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ [٢٠٠ ظ] ، وَإِنْ جَهِلَ إِيلادَ شَرِيكِهِ ، أَوْ أَنَّهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ، فَوَلَدُهُ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُ يَوْمَ الْوِلَادَةِ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِىُّ .

الشرح الكبير

مِلْكٌ ، فأشْبَهَ ما لو وَطِئَ زَوْجَتَه . فعلى هذا القولِ (إن وَطِئَها الثانى بعد ذلك ، فأوْلَدَها ، فعليه مَهْرُها) لأنَّه وَطْءٌ صادَفَ مِلْكَ (1) الغيرِ ، فأشْبَهَ وَطْءَ (1) الأمَةِ الأجْنَبِيَّةِ (فإن كان عالِمًا ، فولَدُه رَقِيقٌ) لأنَّه وَطْءٌ فى غيرِ مِلْكٍ ولا شُبْهَةِ مِلْكٍ ، فهو كوَطْءِ مَمْلُوكَةِ غيرِه (وإن جَهِلَ إيلادَ شَرِيكِه ، وأنَّها صارَتْ أُمَّ وَلدٍ له ، فولَدُه حُرٌّ) لأنَّه مِن وَطْءِ شُبْهَةٍ (وعليه فِدَاؤُه) بقِيمَتِه (يومَ الوِلادَةِ) لأنَّه الوقْتُ الذى يُمْكِنُ فيه التَّقْوِيمُ (ذَكَرَه الخِرَقِىُّ) وقال القاضى : الصَّحِيحُ عندِى أنَّ الأوَّلَ لا يَسْرِى اسْتِيلادُه

الإنصاف

باقٍ على مِلْكِ الشَّريكِ . فعلى هذا القَوْلِ ، هل وَلَدُه حُرٌّ أو نِصْفُه ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . قلتُ : ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، أنه حُرٌّ كلُّه . ثم وَجدتُ الزَّرْكَشِىَّ قال ذلك . قال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : وهو أصحُّ .

قوله : فإنْ وَطِئَها الثَّانى بعدَ ذلك ، فأَوْلَدَها ، فعليه مَهْرُها ، فإنْ كان عالمًا ، فوَلَدُه رَقِيقٌ ، وإنْ جَهِلَ إيلادَ شَرِيكِه ، أو أنَّها صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له ، فوَلَدُه حُرٌّ ، وعليه فِداؤُه يَوْمَ الوِلادَةِ . ذكَرَه الخِرَقِىُّ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ »

(١ - ١) فى الأصل : « فهو كوطء » .

الشرح الكبير

إذا كان مُعْسِرًا ، ولا يُقَوَّمُ عليه نَصِيبُ شَرِيكِه ، بل يَصِيرُ نِصْفُها أُمَّ وَلَدٍ ونِصْفُها قِنٌّ باقٍ على مِلْكِ الشَّرِيكِ ؛ لأنَّ الإحْبالَ كالعِتْقِ ، ويجرى مَجْراه فى التَّقْوِيمِ والسِّرايَةِ ، فاعْتُبِرَ فى سِرايَتِه اليَسارُ ، كالعِتْقِ . وهو [٧٦/٦ ظ] قولُ أبى الخَطَّابِ ، ومذهبُ الشافعىِّ . فعلى هذا ، إذا وَلَدَتْ ، يَحْتَمِلُ أن يكونَ الولَدُ كلُّه حُرًّا ، واحْتَمَلَ أنْ يكونَ نِصْفُه حُرًّا ونِصْفُه رَقِيقًا ، كأُمِّه ، ووَلَدِ المُعْتَقِ بعْضُها . وبهذا يَتَبَيَّنُ أنَّه لم يَسْتَحِلَّ انْعقادَ الوَلَدِ(١) مِن حُرٍّ وقِنٍّ . ووَجْهُ القَوْلِ الأوَّلِ ، أنَّ الاسْتِيلادَ أقْوَى مِن العِتْقِ ، ولهذا يَنْفُذُ مِن رَأْسِ المالِ مِن المريضِ ومِن المَجْنُونِ ، بخِلافِ الإعْتاقِ .

فصل : وهل يَلْزَمُه نِصْفُ قِيمَةِ الولَدِ ؟ على وَجْهَيْن ، ذَكَرَهُما أبو الخَطَّابِ ؛ أحَدُهما ، لا يَلْزَمُه . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّ الولَدَ خُلِقَ حُرًّا ، فلم يَلْزَمْه قِيمَةُ وَلَدِه الحُرِّ . والثانى ، يَلْزَمُه نِصْفُ قِيمَتِه لشَرِيكِه ؛ لأنَّ الوَطْءَ صادَفَ مِلْكَ غيرِه ، وإنَّما انْتَقَلَتْ بالوَطْءِ المُوجِبِ للمَهْرِ ،

الإنصاف

وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وهذا مَبْنِىٌّ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ فى المَسْأَلَةِ التى قبلَها . وعلى قَوْلِ القاضى ، وأبى الخَطَّابِ ، تكونُ أُمَّ وَلَدٍ لهما ؛ مَن ماتَ منهما عتَقَ حقُّه ، ويَتَكَمَّلُ عِتْقُها بمَوْتِ الآخَرِ . وتقدَّم فى بابِ الكِتابةِ ما يُشابِهُ ذلك ، فى قَوْلِ المُصَنِّفِ : وإنْ كاتَبَ اثْنان جارِيَتَهما ، ثم وَطِئَاها . وما يُشابِهُها أيضًا ، ما إذا كاتَبَ حِصَّتَه ، وأعْتَقَ الشَّريكُ قبلَ أدائِه . فلْيُراجَعْ .

---

(١) فى م : « الأول » .

المقنع وَعِنْدَ الْقَاضِى ، وَأَبِى الْخَطَّابِ ، إِنْ كَانَ الْأَوَّلُ مُعْسِرًا لَمْ يَسْرِ اسْتِيلَادُهُ ، وَتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُمَا ، يَعْتِقُ نِصْفُهَا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا . وَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ بَعْدَ ذَلِكَ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَهَلْ يُقَوَّمُ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير فيكونُ الوَطْءُ سَبَبَ المِلْكِ ، ولا يَثْبُتُ المِلْكُ[1] إلَّا بعد تَمامِ سَبَبِه ، فيَلْزَمُ حينئذٍ تَقدُّمُ الوَطْءِ على مِلْكِه ، فيكونُ فى مِلْكِ غيرِه ، وفِعْلُه ذلك مَنَع[2] انْخِلاقَ الوَلَدِ على مِلْكِ الشَّرِيكِ ، فيَجِبُ عليه نصْفُ قِيمَتِه ، كولَدِ المغْرُورِ . وقال القاضى : إن وَضَعَتِ الوَلَدَ بعدَ التَّقْوِيمِ ، فلا شىءَ على الوَاطِئِ ؛ لأنَّها وضَعَتْه فى مِلْكِه ، ووَقْتُ الوُجُوبِ حالةُ الوَضْعِ ، ولا حَقَّ للشَّرِيكِ فيها ولا فى وَلَدِها . وإن وَضَعَتْه قبلَ التَّقْوِيمِ ، فهل تَلْزَمُه قِيمَةُ نِصْفِه ؟ على رِوايَتَيْن ، ذكَرَهُما أبو بكرٍ ، واخْتارَ أنَّه لا يَلْزَمُه .

٣٠٥٣ – مسألة : (وعندَ القاضى ، وأبى الخَطَّابِ ، إن كان الأوَّلُ مُعْسِرًا لم يَسْرِ اسْتِيلادُه ، وتَصِيرُ أُمَّ ولَدٍ لهما ، يَعْتِقُ نِصْفُها بمَوْتِ أحَدِهما) لأنَّها أُمُّ وَلَدٍ له ، وقد ذكَرْنا ذلك (وإنْ أعْتَقَ أحَدُهما نَصِيبَه بعدَ ذلك وهو مُوسِرٌ ، فهل يُقَوَّمُ عليه نَصِيبُ شَرِيكِه ؟ على وَجْهَيْن) أحَدُهما ،

الإنصاف قوله : وإنْ أَعْتَقَ أَحَدُهما نَصِيبَه بعدَ ذلك – يعْنِى ، بعدَ حُكْمِنا بأنَّها صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لهما ، على قَوْلِ القاضى ، وأبى الخَطَّابِ – وهو مُوسِرٌ ، فهل يُقَوَّمُ عليه نَصِيبُ شَرِيكِه ؟ على وَجْهَيْن . أحدُهما ، يُقَوَّمُ عليه . وهو المذهبُ . قال فى

(١) فى م : « الحكم » .
(٢) فى م : « مع » .

الشرح الكبير

لا يَسْرِى عِتْقُه ؛ لأنَّه[1] يُبْطِلُ حَقَّ صاحِبِه مِن الوَلاءِ الذى قد انْعَقَدَ سَبَبُه بالاسْتِيلادِ . والثانى ، يُقَوَّمُ عليه ؛ لحديثِ ابنِ عمرَ[2] . وهو أوْلَى وأصَحُّ ، إن شاء اللهُ تعالى .

فصل : ولا فَرْقَ بينَ أن يكونَ له[3] فى الأمَةِ مِلْكٌ قَلِيلٌ أو كثيرٌ ، فالحُكْمُ فى ذلك واحِدٌ ؛ لأنَّ مالكَ اليَسِيرِ يَمْلِكُ بَعْضَها ، أشْبَهَ الكثيرَ . واللهُ سبحانه وتعالى أعلمُ .

الإنصاف

« الفُروعِ » : مَضْمُونًا عليه على الأصحِّ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهو أَوْلَى وأصحُّ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : وهو أصحُّ وأقْوَى . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ »، و « النَّظْمِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يُقَوَّمُ عليه ، بل يَعْتِقُ مجَّانًا . وقيل : لا يَعْتِقُ إلَّا ما أعْتَقَه ، ولا يَسْرِى إلى نَصِيبِ شريكِه . واللهُ سُبْحانَه وتَعالَى أعْلَمُ[4] .

---

(١) فى الأصل : « ولا » .
(٢) تقدم تخريجه فى ١٥/٢٥٩ .
(٣) سقط من : م .
(٤) نهاية التلف فى المخطوطة الأصل .

فهرس الجزء التاسع عشر
من الشرح الكبير والإنصاف

الصفحة

كتاب العِتْق

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

باب التدبير

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

آخر الجزء التاسع عشر

ويليه الجزء العشرون ، وأوله :

كتابُ النكاحِ

والحَمْدُ لِلهِ حَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ١٦٤٥/١٩٩٦ م
I.S.B.N : 977 – 256 – 127 – 1

هجر
للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر – المهندسين – جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ – فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء – ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة